Der Anspruch auf Herausgabe der Vorteile aus einer Sache nach bürgerlichem Recht im Vergleich zum gemeinen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Felix Kornbusch
Referendar aus Barmen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinen lieben Eltern

in

aufrichtigster Dankbarkeit.

Disposition.

Einleitung:

Der Begriff der Vorteile.

1. Zuwachs.
2. Schatz.
3. Nutzungen.
4. Erlös dgl.

NB. Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Erster Abschnitt:

Der Anspruch auf die stellvertretenden Vorteile.

Vorbemerkung:

1. Begriff des sog. stellvertretenden Kommodums.
2. Fälle des sog. stellvertretenden Kommodums.

Der Herausgabeanspruch im gemeinen Recht:

1. Die Voraussetzungen der Herausgabepflicht.
2. Der Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Der Herausgabeanspruch im bürgerlichen Recht:

1. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.
2. Der Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Zweiter Abschnitt:

Der Anspruch auf die akzessorischen Vorteile.

Vorbemerkung:

1. Begriff des sog. akzessorischen Kommodums.
2. Fälle des sog. akzessorischen Kommodums.

Der Herausgabeanspruch im gemeinen Recht:

1. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.
2. Der Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Der Herausgabeanspruch im bürgerlichen Recht:

1. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.
2. Der Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Schluß:

Der Anspruch auf die erwerbbaren Vorteile.

Vorbemerkung:

1. Begriff des sog. lucrum percipiendum.
2. Fälle des sog. lucrum percipiendum.

Der Herausgabeanspruch im gemeinen und bürgerlichen Recht:

1. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.
2. Der Gegenstand des Herausgabeanspruchs.

Literatur-Verzeichnis.

Abhandlungen.

1. Baumgärtel, Die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe von „Früchten" nach BGB. im Vgl. z. gem. Recht, Plön 1902.
2. Haas, Die Condictio indebiti nach gemeinem Recht und BGB., 1900.
3. Hirsch, — Teilbarkeit des Eigentums nach römischem Recht und BGB., Halle 1900.
4. Huschke, Zur Lehre vom Fruchterwerb. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. LXIII. S. 444 ff., Tübingen und Leipzig 1880.
5. Jacoby, Kritische Untersuchungen über die Kontroverse: „Hat der Käufer eines vermieteten und verpachteten Grundstücks einen Anspruch auf die nach Abschluß des Kaufvertrags vom Verkäufer bezogenen Miet- und Pachtzinsen?" Erlangen 1897.
6. Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Recht: „Inwieweit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?" Leipzig 1844.

7. Köhler, Gründe und Umfang der Haftung des bösgläubigen Besitzers betr die vindizierte Sache, Altona 1898.

8. Koeppen, Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor, Jena 1872.

9. Kronberger, Die Ansprüche des Eigentümers nach BGB. im Vergleich zum gemeinen Recht, München 1898.

10. Loewenfels, Über den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des BGB. in Gutachten aus dem Anwaltsstand. Heft 10. München 1897.

11. Nagelschmidt, Der Eigentumsanspruch wegen Besitzentziehung nach gemeinem und bürgerlichem Recht, Greifswald 1901.

12. Mommsen, Fr., Erörterungen aus dem Obligationenrecht, I. Heft über die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est, Braunschweig 1859.

13. Offenstätter, Der Erbschaftskauf § 2371 ff. in Deutsche Notariats-Zeitung, 28. Jahrg. Nr. 10 und 11, 1899.

14. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, 2 Bde., Berlin 1893 und 1895.

15. Petrazycki, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten, Berlin 1892

16. Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die „Vorteile", die der Schuldner gezogen hat oder hätte ziehen können, nach gemeinem Recht, Berlin 1900.

17. Reichel, Begriff der Frucht im römischen und bürgerlichen Recht, in Ihering's Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, II. Folge, VI. Bd., Jena 1901.
18. Ribbentrop, Begriff der Frucht nach römischem Recht und nach dem BGB. 1899.
19. Romeick, Die abgeleitete Mietsschuld, Stuttgart 1902.
20. Rüger, Vermächtnis im Sächsischen Archiv für Bürgerl. Recht und Prozeß, Sonderabdruck, Leipzig 1901.
21. Rüger, Erbschaftsanspruch im Sächsischen Archiv für Bürgl. Recht und Prozeß, Sonderabdruck, Leipzig 1901.
22. Schulte, Inwiefern unterscheidet sich der Satz: res succedit in locum pretii in der Erbschaftsklage und der Dotalklage? Bückeburg 1897.
23. Schuhmacher, Landwirtschaftliches Pachtrecht, Berlin 1901.
24. Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB., Straßburg 1899.
25. Stolte, Der Begriff der Schenkung nach deutschem bürgerl. Recht, Straßburg 1900.
26. Voß, Über den Satz „periculum est emtoris", Hamburg 1898.
27. Weidemann, Von welchem Augenblick an kann der Vermächtnisnehmer die Früchte der ihm vermachten Nachlaßsache beanspruchen, Greifswald 1897.
28. Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und BGB., Heidelberg 1902.

Lehrbücher über Pandekten:

Brinz, III. Aufl. 1884.
Dernburg, V. Aufl., Berlin 1896.
Vangerow, VII. Aufl., Marburg und Leipzig 1863.
Windscheid, VIII. Aufl., Frankfurt 1900.

Lehrbücher über Bürgerliches Recht:

Cosack, III. Aufl., Jena 1901.
Crome, Bd. I und II, Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg, II. Aufl., Halle 1901.
Dickel, BGB. für Forstmänner, Berlin 1900.
Endemann, VI. Aufl., Berlin 1899.
Engelmann, Berlin 1899.
Enneccerus u. Lehmann, II. Aufl., Marburg 1901.
Goldmann u. Lilienthal, II. Aufl., Berlin 1901.
Hachenburg, II. Aufl., Mannheim 1900.
Heilfron, Berlin 1900.
Kaufmann, Allg. Teil u. allg. Teil d. Schuldd., Bonn 1901.
Leonhard, Allg. Teil, Berlin 1900.
Matthiaß, IV. Aufl., Berlin 1900.
Zitelmann, Allg. Teil, Leipzig 1900.

Kommentare:

Achilles, BGB., Berlin 1900.
Biermann, Sachenr. II. Aufl., Berlin 1898.
Fischer-Henle, BGB., München 1900.
Hölder, Allg. Teil, München 1900.
Kober, Sachenrecht, München 1898.
Kuhlenbeck, BGB., Berlin 1899.
Meisner, Sachenrecht, Breslau 1901.

Örtmann, Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Planck, BGB., Berlin 1898—99.
Rehbein, Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Scherer, BGB., Karlsruhe 1899.
Stammler, Schuldverhältnisse, Berlin 1897.

Ferner die Motive und Protokolle,
sowie Haidlen, BGB. nebst EG. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeber. Vorarbeiten, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1897.

Einleitung.

Der Begriff der Vorteile.

Mit der Frage der Herausgabepflicht der Vorteile befaßte sich als erster Jhering[1] in seinen Abhandlungen aus dem römischen Rechte: „Inwieweit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben"?

Darnach nahm Fr. Mommsen[2] die Frage wieder auf, indem er einige Fehler der Jhering'schen Lehre richtig stellte. Erörterung über die Regel Commodum eius esse debet cuius est periculum.

Endlich versuchte L. v. Petrazycki[3] in seinem Werk die Lehre vom Einkommen einen allgemeinen Grundsatz über die Prästationspflicht aufzustellen.

Die beiden ersten gemeinrechtlichen Schriften befaßten sich mit der Herausgabepflicht des „Kommodums" und das Werk von Petrazycki mit derselben inbezug auf

1) Jhering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Abhandlung 1. Leipzig 1844.

2) Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht 1. Heft Braunschweig 1859.

1) Petrazycki, Lehre vom Einkommen, II. Band Einkommensersatz Berlin 1895.

die „Früchte“. Wir werden uns im folgenden den gemeinrechtlichen Lehren anschließen, denn sie sind von grundlegender Wichtigkeit, um die Stellungnahme des BGB. zur Prästations-Frage klar zu stellen.

Was haben wir nun als Vorteile zu betrachten?

Die einfachste Art eines Vorteils ist die Vergrößerung der Sache durch „wesentlichen Zuwachs“[1]. Ohne Tätigkeit des Besitzers erwirbt die Sache sich selbst den Zuwachs aus eigener Kraft.

Es gehören hierhin die adjunctio und alluvion, sodann auch die insula in flumine nata und der Schatzfund. Die Verbindung oder Vermischung von Sachen kann für den Besitzer der einen Sache einen Vorteil bilden durch Bewirkung des Eigentumserwerbs an der andern Sache.

Verbindet sich eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen, so hatte im römischen Recht der Besitzer der unbeweglichen Sache den Vorteil: implantatio vel inaedificatio solo cedit. Werden bergliche Sachen unter einander verbunden, so entschied im römischen Recht die praktische Bedeutung der Sachen: Dem Besitzer der Hauptsache fiel die Nebensache zu.

Im BGB. aber wird in beiden Fällen das entscheidende Gewicht darauf gelegt, ob eine der verbundenen Sachen zum wesentlichen Bestandteil der anderen geworden ist. Das Gleiche gilt heute auch für die sog. Vermengung oder Vermischung — während hier im römischen Recht[2]

1) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 132 scheidet die Vorteile in wesentlichen Zuwachs einerseits und selbständige Vorteile bezw. Nutzungen andererseits. Von „Zuwachs“ sprach noch Entw. I vgl. dort 427, 428.

2) § 27 J de. rer. div. 2,1.

in der Regel Miteigentum eintrat, also von einem Vorteil für den Besitzer der einen oder anderen Sache keine Rede sein kann.

Die Alluvion begründet insofern einen Vorteil, als der Eigentümer eines Ufergrundstückes das Eigentum der Landanschwemmungen erhält. Während die bisher besprochenen Vorteile ganz in der Sache, zu der sie hinzutreten, aufgehen, ist die insula in flumine nata ein mehr selbständiger Vorteil.

Gleichviel ob eine Insel in einem Privat- oder öffentlichen Fluß entstanden ist, sie fällt den Eigentümern der Ufergrundstücke zu und zwar wird der Vorteil nach einer durch die Mitte des Flusses gehenden Grenzlinie bemessen.[1]

Der Schatz ist nach gemeinem und bürgerlichem Recht eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist;[2] daß die Sache von Wert ist, wird im heutigen Recht nicht mehr erfordert. Der Vorteil des Eigentumserwerbs am Schatze fällt zur Hälfte dem Entdecker, zur anderen Hälfte dem Besitzer der Sache zu, in welcher der Schatz verborgen war.[3]

Die wichtigsten der selbständigen Vorteile, wie getrennte Früchte, Wild von einem Jagdgrundstück, ein mit einer ausgestellten Sache errungener Preis, alle Gebrauchs-

---

1) Die Landesgesetzgebung, der die Regelung dieser Frage gemäß Art. 65 EG. zum BGB. überlassen ist, zeigt allerdings nicht allenthalben die gleiche Vorschrift.

2) Dernburg BGB. III S. 342: „was vorübergehend, z. B. bei einer Feuersbrunst, einem Erdbeben verschüttet und alsbald wieder aufgegraben wurde, ist, wenn der Eigentümer nicht festzustellen ist, Fund nicht Schatz.

3) § 39 J. de rer. div. 2,1; l. 63 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

vorteile faßt das heutige Recht unter dem Namen der „Nutzungen" zusammen. Wir finden über diese Vorteile ihrer Bedeutung entsprechend eine weitgehende Regelung besonders im heutigen Recht. Das BGB. folgt dabei und fußt auf der von Dernburg und Windscheid als herrschend bezeichneten Lehre des gemeinen Rechts, sodaß wir im folgenden vorzugsweise auf die heutige Nutzungslehre näher eingehen wollen.

Nach der Legaldefinition in § 100 des BGB. ist dem Wort „Nutzungen" eine konkrete Bedeutung[1] zugewiesen und steht daher im Plural, dagegen hat der Singular des Wortes eine abstrakte Bedeutung wie „Gebrauch und Fruchtgenuß" (vgl. § 101, 2), so spricht auch der § 1038 vom „Maß der Nutzung" und Art. 72 EG. vom „Nutzungsrecht". Nach § 100 des BGB. sind Nutzungen die Früchte einer Sache oder eines Rechts, sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Es sind also alle Früchte Nutzungen, aber nicht alle Nutzungen sind Früchte, sondern es gibt auch Nutzungen, die Nichtfrüchte sind.

Betrachten wir zunächst die Früchte. Der älteren sowie auch neueren Lehre von der Frucht liegen insbesondere naturwissenschaftliche Begriffe zugrunde. Der von Göppert[2] gebrauchte Begriff der organischen Erzeugnisse kennzeichnet dies am besten und man findet diesen Gedanken auch schon früher in anderer Form ausgesprochen, so von Galvanus in „De usu fructu dissertationes variae" 1788. S. 327: notandum

1) Reichel. Begriff der Frucht i. Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 303.
2) Göppert, Über die organischen Erzeugnisse 1869.

igitur est lapides nasci, vivere, crescere, mori, renasci sic providente creatore, qui voluit etiam terrae viscera animare, ut vel abjectissima mundi portis miraculis omni potentiae divinae superbiret. Auch das BGB. beginnt seine Definition der Früchte in § 99 Abs. 1 der Erzeugnistheorie folgend mit: „Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Indessen verbindet das BGB. mit dem Wort „Erzeugnis" einen weiteren Begriff, es spricht von Erzeugnis nicht bloß im Sinne der Naturwissenschaft,[1] sondern auch der Nationalökonomie[2] so z. B., wenn es in § 593 von „landwirtschaftlichen Erzeugnissen" spricht.

Besonders Dernburg[3] und Petrazycki[4] tadeln es als einen naturwissenschaftlichen Fehler, wenn man nach dem Erzeugnisbegriff des BGB. den Baum nicht als Erzeugnis des Samens, sondern als Bodenerzeugnis auffaßt. Allerdings finden wir bei der Pacht in § 581 und beim Nießbrauch in § 1039 Spezialbestimmungen, die der Dehnbarkeit des Ausdrucks „Erzeugnisse" entgegentreten, die aber in Wirklichkeit nicht den Fruchtbegriff beschränken,[5] sondern nur das Bezugsrecht des Anderen.

Nach dem Fruchtbegriff des § 99 Abs. 1 sind aber nicht alle Früchte Erzeugnisse, denn auch die sonstige

1) Leonhard, Allg. T. d. BGB. S. 171.
2) Reichel a. a. O. S. 272.
3) Dernburg BGB. Bd. III S. 32.
4) Lehre vom Eink. Bd. I S. 275.
5) Vgl. Crome BGB. I. S. 306; ebenso Dernburg BGB. III S. 33.

Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß (id cuius causa res comparatur) gewonnen wird, gehört zu den natürlichen Früchten. Für die Grenzen des Begriffsumfangs „Ausbeute" finden wir im Gesetze kaum einen Anhalt, so daß sich auch die neueren Schriften hierüber (vgl. Hölder, Kuhlenbeck, Petrazycki und Dernburg, besonders Reichel) an den gemeinrechtlichen Standpunkt anlehnen und unter der bestimmungsmäßigen Ausbeute alles das verstehen, was aus der Sache unter Schonung ihrer Substanz gewonnen werden kann.

Neben die Früchte einer Sache stellt das Gesetz die Früchte eines Rechts und begreift[1] darunter in Abs. 2 des § 99 die bestimmungsgemäßen Erträge; hinzugefügt wird, daß die Bodenbestandteile als natürliche Früchte eines Rechts gelten sollen, sofern sie gewonnen werden auf Grund eines vom Eigentum verschiedenen Fruchtziehungsrechtes.

Das Gesetz scheint mit dem ausgesprochenen Vorbehalt der Bestimmungsmäßigkeit nicht alle Erträge als Rechtsfrüchte anzuerkennen. Dieser Vorbehalt ist aber überflüssig, denn welche Rechte gibt es, die etwas anderes gewähren, als wozu sie bestimmt sind und Hölder[2] sagt mit Recht: „Seiner Bestimmung gemäß gewährt ein Recht Alles, was es überhaupt gewährt".

Einige der wichtigsten Rechtsfrüchte sind die Erträge des Nießbrauchs, die Grundrente, die Leistungen bei einer Reallast; man sieht hier, daß je nach Lage der

1) Vgl. dazu für's gemeine Recht l. 62 pr. D. de rei vind. 6,1.
2) Hölder Kommentar, Allg. T. des BGB. S. 226.

Sache Erzeugnisse sowohl Sachfrüchte als Rechtsfrüchte sein können.

Als zivile Früchte nennt das BGB.[1] sodann die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das Rechtsverhältnis kann nun ein durch Rechtsgeschäft geschaffenes sein, wie das Mietsverhältnis oder auch nicht, wie das durch Verzug hervorgerufene Rechtsverhältnis. Es dürfen aber nicht Rechtsverhältnisse sein, zu deren Wesen eine Veräußerung der Sache selbst gehört, diese können nur Erlöse, nicht Erträge[2] liefern. So ist der Kaufpreis beim Verkauf der Sache nicht Ertrag, sondern Erlös. Anderer Meinung sind Endemann[3] und Kuhlenbeck,[4] doch beweisen die eben zitierten Definitionen des Begriffs „Ertrag" die Haltlosigkeit der Behauptung, daß der Erlös einen Ertrag bilde.

Wir kommen jetzt zu den Nutzungen, welche Nichtfrüchte sind, das sind nach § 100 die Vorteile aus dem Gebrauch der Sache bezw. des Rechts z. B. der Verdienst, der mit Arbeitsgerät, mit Pferden ꝛc. erzielt wird.[5] Der Vorteil, den ein Vermögensstück gewährt, beschränkt sich nicht immer auf seinen Ertrag. Im Gegensatz

1) Vgl. dazu l. 29 D. de her. pet. 5,3: Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum.

2) Reichel, a. a. O. S. 285 definiert „Ertrag" als Vermögensvermehrung aus den Vermögensobjekten selbst ohne Schädigung des Vermögensstammes. Ebenso Neumanns Definition in wirtsch. Grundbegriffe in Schoenbergs HB. d. St. W. S. 180: „Für den Ertrag ist charakteristisch der Zusammenhang mit einem ursächlich wirkendem Objekt . . . Der Ertrag ist sozusagen etwas Heraustretendes". Gleicher Ansicht Dernburg im Bürg R. III. Bd. S. 36.

3) Endemann BGB. I S. 241.

4) Kuhlenbeck, Komm. S. 61.

5) Goldmann-Lilienthal, BGB. I S. 132.

zum Ertrag ist dieser Gebrauchsvorteil aber nicht ein solcher, um den das Vermögen dessen vermehrt wird, dem er zukommt, sondern ein solcher, um den es nicht vermindert wird, während es aber wohl um ihn vermindert würde im Fall anderweitiger Aufwendungen erfordernder Verschaffung des durch den Gebrauch gewährten Vorteils. Daher können die Nutzungen, die nicht Früchte sind, nicht unmittelbar ersetzt werden, sondern nur durch Abtretung ihres Wertes, der identisch ist mit den Kosten anderweitiger Erlangung des durch den Gebrauch gewährten Vorteils. Auch geht der Gebrauch nicht soweit, daß er mit dem Verbrauch zusammenfällt. Selbst an verbrauchbaren Sachen besteht der Gebrauch nicht im Verbrauch, so Planck[1] mit Hinweis auf die Sonderbestimmung des Gesetzes über den Nießbrauch an verbrauchten Sachen, § 1067. Anderer Meinung ist Dickel; er sagt,[2] verbrauchbar seien Sachen, wenn sie durch Verbrauch gebraucht werden — allerdings sei Wertersatz erforderlich. Dagegen ist nur die kurze, aber treffende Bemerkung Cosack's[3] anzuführen: Verbrauch sei nicht Gebrauch.

Ein im Grundstück entdeckter Schatz, gehört nicht zu den Nutzungen, da er weder Frucht noch Gebrauchsvorteil ist. Wohl aber gehören die nach § 910 abgeschnittenen Wurzeln und Zweige zu den Nutzungen, so Planck, „obwohl dies zweifelhaft ist." Anderer Meinung sind Rehbein und Matthiaß,[4] da das Recht nur

1) Planck, Komm. zu § 100.
2) Dickel, BGB. für Forstmänner, S. 91.
3) Cosack BGB. I S. 103.
4) Matthiaß, BGB. Bd. I S. 154.

der Abwehr von Schaden diene; objektiv aber sind Wurzeln und Zweige jedenfalls ein organisches Erzeugnis, also Früchte.

Blicken wir zurück auf den Fruchtbegriff des BGB., so basiert[1] er allerdings auf dem römischen Recht, er er ist sogar noch romanistischer,[2] als das römische Recht selbst, aber der offizielle Fruchtbegriff in § 99 ist so weit gefaßt und enthält so viele kasuistische Zusätze, daß man ein Prinzip leider vergeblich sucht.

Es bleiben uns noch die stellvertretenden Vorteile zu besprechen, in deren Wesen eine Veräußerung oder Entziehung der Sache selbst gehört.[3] Die geschuldete Sache geht unter, aber gerade durch den Untergang ist ein Vermögensvorteil errungen worden. Die Vorteile bestehen[4] in dem, was der Besitzer der geschuldeten Sache als Ersatz für die Entziehung oder Zerstörung der geschuldeten Sache oder durch rechtsgeschäftliche Veräußerung der Sache erlangt hat. Es sind dies u. A. namentlich Ersatzansprüche des Schuldners gegen Dritte im Falle schuldhafter Beschädigung der Sache, die Entschädigung für Enteignung, der durch Verkauf der geschuldeten Sache erlangte Erlös.

Es ist erforderlich, daß wir den Gegenstand des Herausgabeanspruchs auch nach der sprachlichen Seite

---

1) Ribbentrop, Begriff der Frucht, S. 96: „Es ist der Fruchtbegriff im Vergleich zum römischen Recht ein Rückschritt, indem teils naturwissenschaftliche, teils wirtschaftliche Momente hineingezogen sind, während der Begriff allein von der menschlichen ökonomischen Tätigkeit entlehnt werden müßte."

2) Petrazycki, Lehre v. Eink. I S. 340.

3) vgl. S. 18 oben.

4) vgl. daz. Windscheid, Pand. II §§ 264 und 327.

kurz klar legen. Mit Hinsicht auf die Herausgabepflicht ist nämlich der Ausdruck „Vorteile" sprachlich doppelsinnig. Denn einmal konkret gefaßt, bedeutet der Ausdruck das, was der Besitzer rein tatsächlich gezogen hat, sodann aber abstrakt gefaßt, ist darunter zu verstehen dasjenige, um was er durch den Erwerb der Vorteile nach Abzug aller Impensen reicher geworden ist. Für die römische Prästationslehre war nicht der konkrete Begriff, sondern die zweite Bedeutung, der Reinertrag maßgebend.

Ausdrücklich in den Quellen bestätigt wird dies nur bei den Früchten, indem den Gegenstand eines Anspruches auf dieselben der Reinertrag nach Abzug aller Impensen bildet: fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt.[1] Bezüglich der anderen Vorteile sagen die Quellen[2] allerdings, daß auch hier der Verpflichtete allgemein Ersatz seiner Impensen verlangen kann. Im letzteren Fall hat der Schuldner den konkreten Vorteil herauszugeben und kann dagegen seinerseits Ersatz der Kosten verlangen. Gegenstand der Leistung bildet hier also nicht der Reinertrag oder das in Geld geschätzte Einkommen nach Abzug aller Impensen.

Im BGB. hat der Schuldner immer die konkreten Vorteile herauszugeben. Eine allgemeine Regelung über den Ersatz von Verwendungen finden wir allerdings nur bei den Früchten. Der Schuldner kann nach § 102 als Gegenforderung die Fruchtgewinnungskosten geltend machen, aber nur insoweit, als ihre Aufwendung einer

1) l. 7 pr. D. sol matr. 24,3.
2) l. 78 § 4 D. de iur. dot. 23,3; l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3,5.

ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht und den Wert der Früchte nicht übersteigt, während im römischen Recht alle Impensen ersetzt verlangt werden konnten. Einer analogen Ausdehnung dieses Paragraphen auf den Ersatz der Nutzungs- resp. Gebrauchskosten wurde gerecht der § 901 des zweiten Entwurfs. Hier heißt es im zweiten Satz: „Die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten sind von dem Eigentümer insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen, und den Wert der Nutzungen nicht übersteigen." Im BGB. selbst aber wird im § 987, der dem § 901 der zweiten Lesung entspricht, obiger citierter Satz ausgelassen, was aus wirtschaftlichen und Billigkeitsrücksichten zu erklären ist (vergl. dazu die Kritik Petrazyckis über den § 901 der zweiten Lesung).[1]

Wir wollen hier noch einfügend bemerken, daß nach unserer Meinung unter die Gewinnungskosten außer den eigentlichen Produktionskosten nicht auch die Erhaltungskosten fallen wie es von Podewil's[2] fürs BGB. angenommen wird; denn ausdrücklich sagt das BGB. im § 547, daß dem Mieter die Fütterungskosten nicht zu ersetzen sind (analog bei der Leihe).

Auch bei den sog. stellvertretenden Vorteilen sind dem Schuldner Aufwendungen, soweit sie den Wert des erlangten Ersatzes erhöhen, zu ersetzen.[3] Wir werden später bei der Behandlung der einzelnen Ansprüche

---

1) Petrazycki, Lehre v. Eink. II S. 74 ff.

1) Podewils, der Anspruch des Gläubigers auf die Vorteile ꝛc. S. 130.

1) Schollmeyer, Komm. z. BGB. I S. 112; Kaufmann. Komm. z. BGB. II S. 105.

näher auf die Spezialbestimmungen des BGB. hinsichtlich der Verwendungsansprüche eingehen. Soviel aber können wir schon sagen, daß im allgemeinen der Schuldner Ersatz für die auf die Vorteile verwandten Kosten verlangen bezw. compensando geltend machen kann und daß somit der Gegenstand des Herausgabeanspruchs im endlichen Erfolge auch hier der Reinertrag[1] ist.

Zugleich bemerken wir schon hier, daß wir im Folgenden nicht nur die obligatorischen Ansprüche, sondern auch die dinglichen behandeln werden, da unsere Frage ganz allgemein nach der Herausgabepflicht der Vorteile aus einer Sache lautet.[2]

1) Podewils a. a. O. S. 128.
2) vgl. ferner d. Begründung auf S. 50 f.

Erster Abschnitt.

Der Anspruch auf das sog. stellvertretende Kommodum.

Vorbemerkung.

In der gemeinrechtlichen Lehre werden zwei Begriffe des Kommodums unterschieden, das akzessorische und das stellvertretende Kommodum.[1] Ersteres sind solche Vorteile, bezw. Nutzungen, die zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutreten; letzteres sind solche, die an die Stelle der untergegangenen geschuldeten Sache treten.

In der nachfolgenden Darstellung werden die beiden Arten auch gesondert; die Darstellung selbst wird dies rechtfertigen. Eine Einteilung des Kommodums nach anderen Gesichtspunkten ist die in das lucrum ex re,[2] und in das lucrum propter negotiationem perceptum. Das lucrum ex re sind nach Mommsens[3] Definition „diejenigen Vorteile, welche durch die Sache selbst gewährt sind," worunter nach BGB die natürlichen Früchte (§ 99

1) Die Ausdrücke stammen von Mommsen, a. a. O. S 2.

2) Dieser Ausdruck stammt von Ihering (Iher. Abh. 1 S. 6) und ist nicht quellenmäßig.

3) Erörterungen aus dem Oblig. Recht 1. S. 54.

Abs. 1, 2) zu verstehen sind. Den Gegensatz bilden die Vorteile, die der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft aus der Sache gezogen hat, also das lucrum per negotiationem oder im heutigen Recht die zivilen Früchte (§ 99 Abs. 3).

Wir gehen zunächst auf das stellvertretende Kommodum ein, also die Vorteile, die durch eine Tatsache auf der einen Seite herbeigeführt werden, die auf der anderen Seite die Leistung der Sache ganz oder teilweise unmöglich macht. Die Fälle des stellvertretenden Kommodums sind einmal Entziehung oder Zerstörung der geschuldeten Sache durch Dritte, sodann Rechtsgeschäfte des Schuldners durch die gleichzeitig die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung der Sache herbeigeführt wurde.

Der Herausgabeanspruch im gemeinen Recht.

Welche Voraussetzungen müssen nun gegeben sein für den Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe dieser Vorteile?

Die Beantwortung ergibt sich aus zahlreichen Entscheidungen der Quellen:

l. 7 § 13 D Comm. div. 10,3;
l. 13 § 17 D de act. emti et vend. 19,1;
l. 78 § 4 D de iure dot. 23,3;
l. 15 § 2 D de rei vind. 6,1;
l. 1 § 47; l. 2 D depositi 16,3;
l. 21 D de hered. vel. act. vend. 18,4

und zwar dahin, daß der Gläubiger dann einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Kommodums hat, wenn die Leistung der geschuldeten Sache nachträglich unmöglich wird durch einen Umstand, hinsichtlich dessen

der Gläubiger die Gefahr trägt und wenn durch denselben Umstand das stellvertretende Kommodum erlangt worden ist. Der Gläubiger hat also nur einen Herausgabeanspruch bei nachträglicher Unmöglichkeit.[1] Diese erste Voraussetzung stellt deutlich die nebenstehend zitierte l. 21 D de her. vend. 18,4 auf: Quid si rem quam vendidi, alio possidente pretii et litis aestimationem accepi, utrum pretium, illi debeo au rem? Ultique rem, non enim actiones ei sed rem praestare debeo; Et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit.

Der Zweck der Herausgabepflicht des Schuldners, dem Gläubiger einen Ersatz für die ihm drohende Gefahr[2] zu geben, stellt gleichzeitig die zweite Voraussetzung für den Anspruch des Gläubigers dar. Nur wenn Letzterer in Ansehung des betreffenden Ereignisses die Gefahr trägt, kann er das stellvertretende Kommodum verlangen. Trägt oder übernimmt der Schuldner die Gefahr, so gebühren ihm die Surrogate. Und dies[3] „gilt selbst dann, wenn der Schuldner durch das in Frage stehende Ereignis zwar von seiner Verpflichtung befreit wird, dafür aber das Recht auf die Gegenleistung

---

1) Windmüller, Bedeut. und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii S. 96.

2) § 3 J. de emt. 3, 23; ähnlich l. 7 pr. D. de peric. et comm. 18, 6: periculum es emtoris, sic igitur et commodum eius esse debet; l. 10 D. de divers. reg. iur. 50, 17: secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda; l. 22 § 3. C. de furtis et serv. corr. 6,2: ubi enim periculum ibi et lucrum collocetur.

3) Windmüller a. a. O. S. 96 vgl. dazu Mommsen a. a. O. S., 78.

verliert; denn auch hier heißt es: periculum est debitoris".

Drittens kann der Herausgabeanspruch des Gläubigers nur auf solche Vorteile gerichtet sein, die der Schuldner durch den gleichen Umstand erhalten hat, der die Leistung der Sache unmöglich machte; dies zeigt wiederum die bereits zitierte l. 21 D 18,4. Verkaufte z. B. der Verkäufer die Sache nochmal an einen Dritten und geht sie bei Letzterem in einer Weise unter, wie es auch im Falle der Nichtweiterveräußerung eingetreten wäre, so hat der Gläubiger hier doch keinen Anspruch auf Herausgabe des von seinem Schuldner durch den Verkauf an den Dritten erlangten Kaufpreises, obwohl der Gläubiger die Gefahr des Untergangs der Sache trägt.[1] Denn der seitens des Schuldners vom Dritten erworbene Kaufpreis ist nicht durch den gleichen Umstand erlangt worden, durch den die Leistung der Sache unmöglich wurde.

Der gemeinrechtliche Satz: commodum eius esse debet, cuius periculum est kann also nicht ganz allgemein als Prinzip für den Herausgabeanspruch auf das stellvertretende Kommodum hingestellt werden, sondern nur unter der Berücksichtigung, daß obige Voraussetzungen vorliegen.

Was kann der Gläubiger nun in den einzelnen Fällen als stellvertretendes Kommodum beanspruchen?

Wird die Leistung der Sache durch das Delikt eines Dritten ganz oder teilweise unmöglich gemacht, so ist das Kommodum die Klage gegen den Dritten, oder der

1) Windmüller a. a. O. S. 97 vgl. dazu Mommsen a. a. O. S. 116; Jhering, a. a. O. S. 53.

Schadensersatz, den der Schuldner durch die Klageerhebung seinerseits erlangt hat.[1]

Im Fall, daß die Sache, durch Expropriation dem Schuldner entzogen wird, gebührt dem Gläubiger an Stelle der geschuldeten Sache die Expropriationssumme. Die Quellen[2] sagen, daß namentlich, wenn der gutgläubige Beklagte nach der Litiskonstestation durch eine Expropriation außer Stand gesetzt wird, das eingeklagte Grundstück zu leisten, der Kläger hier die Expropriationssumme in Anspruch nehmen kann und sich damit begnügen muß.

Bei den Fällen der freiwilligen Veräußerung der geschuldeten Sache durch den Schuldner hat der Gläubiger nicht immer einen Anspruch auf das stellvertretende Kommodum.

Wenn der Schuldner eine bereits verkaufte Sache nochmals an einen Dritten verkauft[3] und dadurch die Leistung an den ersten Käufer unmöglich macht, so ist er wohl zur Entschädigung d. i. Rückerstattung des ersten Kaufpreises verpflichtet, nicht aber zur Herausgabe des durch den zweiten Verkauf erlangten Preises. Denn nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner trägt die Gefahr des zweiten Verkaufs. Geht die Sache später durch Zufall zu Grunde, so kann der erste Gläubiger bezw. Käufer nicht einmal eine Entschädigung beanspruchen, da ja nicht durch den Umstand, für den er die Gefahr trug, das Kommodum entstand, sondern durch das Rechtsgeschäft

1) D. de furtis § 47, 2; Jhering a. a. O. S. 30 f.; Windscheid, Pand. II § 327.

2) l. 15 § 2 D. de rei vind. 6,1; Mommsen, a. a. O. S. 108; Windmüller, a. a. O. S. 99.

3) l. 21. D. de hered. vel act. vend. 18, 4;

des Schuldners, für das aber der Schuldner die Gefahr trug. Podewils[1] macht mit Recht im Gegensatz zu Mommsen[2] darauf aufmerksam, daß in diesen Entscheidungen keine Unbilligkeit enthalten ist;[3] „denn in den meisten Fällen wird der mehrfache Verkauf in der Weise vorkommen, daß dem Verkäufer durch den zweiten Verkauf anderweitige günstige Chancen geboten werden" und er infolge deren auch berechtigt ist, dem ersten Käufer nur den von diesem schon gezahlten Kaufpreis bezw. das Interesse zu erstatten. Wenn aber dem Schuldner gegebenen Falls nicht die Gefahrtragung zur Last liegt, so hat hier der Gläubiger allerdings einen Anspruch auf das stellvertretende Kommodum, auf den aus dem zweiten Verkauf erlangten Erlös.

Eine Ausnahme vom dem erörterten Grundsatz bilden die iudicia stricti iuris. Hier hat der Gläubiger nie Anspruch auf ein stellvertretendes Kommodum.[4] „Die strenge Natur der actio ex stipulatu scheint nicht zugelassen zu haben, daß dem ursprünglichen Objekt in der angegebenen Weise ein anderes substituirt werde."[5]

Umgekehrt finden wir, daß die Quellen in einem Falle im Widerspruch mit dem Prinzip einen Anspruch auf das stellvertretende Kommodum gewähren. Verkauft der Besitzer einer fremden Sache dieselbe, so trägt der Eigentümer für diesen Verkauf nicht die Gefahr, denn er kann sein Eigentum an der Sache durch Vindikation von

---

1) Podewils a. a. O. S. 25.
2) Mommsen a. a. O. S. 110.
3) Podewils S. 28.
4) l. 7 § 13 D. Communi div. 10, 3; Podewils a. a. O. S. 31.
5) Mommsen, Beitr. z. Obl.R. I S. 302; Windmüller, a. a. O. S. 99.

jedem Dritten wieder erlangen.[1] Die Quellen[2] geben ihm aber außerdem noch eine Condictio auf den vom Verkäufer gewonnenen Kaufpreis. Jhering[3] legt dieser Quellenentscheidung nur subsidiäre Bedeutung bei, insofern die Condictio nur dann in Anwendung kommen solle, wenn keine andere Rechtsverfolgung Erfolg bringt. Dernburg[4] bezeichnet diesen Anspruch als eine actio negotiorum gestorum directa.

Wir wollen noch die Frage anschließen, ob der Käufer Anspruch auf die Miet- und Pachtgelder hat, welche der Verkäufer zwischen Abschließung und Erfüllung des Verkaufs erwirbt. Wie Mommsen[5] nachgewiesen hat, gehören die Miet- und Pachtgelder zur Lehre vom stellvertretenden Kommodum, sie „erscheinen bei einer oberflächlichen Betrachtung allerdings nur als ein akzessorisches Kommodum", aber sie haben „keineswegs diese Natur . . . ., sondern sind vorzugsweise als ein Äquivalent für die (entgangenen) Früchte bezw. Nutzungen) zu betrachten". In den Quellen[6] scheint eine Antinomie über die Frage zu bestehen. Man wird zwei Momente zu berücksichtigen haben. War die Sache zur Zeit des Kaufabschlusses schon vermietet, so liegt in der Abrede, daß die Erfüllung hinausgeschoben werden solle, zugleich die Abrede, daß das inzwischen gezogene Mietgeld dem Verkäufer verbleiben solle.[7] War

1) Windmüller a. a. O. S. 100.

2) l. 23 D. de reb. cred. 12, 1; l. 49 D. de neg gest. 3,5.

3) Jhering a. a. O. S. 78 f.

4) Dernburg, Pand. II § 123, 2a.

5) Mommsen a. a. O. S. 124 vgl. dazu Jhering a. a. O. S. 64: „Enthält doch die Verpachtung ihrem Zweck nach . . . weiter nichts als einen Verkauf zukünftiger Früchte."

6) Zwischen l. 13 § 11 und § 13 D. de a. e. v. 19, 1.

7) l. 13 § 11 D. de a. e. v. 19, 1.

aber die Sache noch unvermietet so bestand eine stillschweigende Einigung darüber, daß der Verkäufer nicht vermieten solle und es hat daher der Gläubiger, der Käufer, wenn der Verkäufer trotzdem vermietet, einen Anspruch auf Herausgabe des gezogenen Mietgeldes.[1]

Der Herausgabeanspruch im bürgerlichen Recht.

Im Gegensatz zum römischen Recht hat das BGB. die Pflicht des Schuldners zur Herausgabe der sog. stellvertretenden Vorteile durch Einschränkung der gemeinrechtlichen Voraussetzungen bedeutend erweitert.

Nach § 281 BGB. steht dem Gläubiger ganz allgemein ein Anspruch auf Herausgabe der Vorteile selbst dann zu, wenn er auch nicht die Gefahr des die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstandes trägt. So kann der Gläubiger bei einseitigen Obligationen die stellvertretenden Vorteile auch dann verlangen, wenn der Schuldner nach § 280 den die Leistung unmöglich machenden Umstand zu vertreten hat und somit schadensersatzpflichtig ist.[2] Der Gläubiger hat hier, wie aus § 281 Abs. 2 BGB. zu entnehmen ist, nicht nur die Wahl, sondern er kann beide Rechte, sowohl den Schadensersatzanspruch, wie Herausgabeanspruch auf die Vorteile, nebeneinander geltend machen.[3] Allerdings mindert sich dann der Schadensersatz um den Wert des erlangten stellver-

---

1) l. 13 § 13 D. de a e. v. 19, 1.

2) vgl. Entw. I § 238, der noch den gemeinrechtlichen Standpunkt einnahm und nur dann den Anspruch auf das stellvertr. Kommod. gab, wenn der Schuldner nach § 237 von der Verpflichtung zur Leistung befreit war; vgl. Windmüller a. a. O. S. 102.

3) Planck, Komm. z. § 281.

tretenden Kommodums Auch bei den zweiseitigen Obligationen, bei denen der Schuldner immer die Gefahr trägt und somit bei verschuldeter Unmöglichkeit auf Schadenersatz haftet, bei zufälliger Unmöglichkeit allerdings befreit wird, dafür aber das Recht auf die Gegenleistung verliert — bei diesen Obligationen hat der Gläubiger sowohl bei selbst verschuldeter (nach § 325 BGB.) wie zufälliger Unmöglichkeit (nach § 323 BGB.) doch das Wahlrecht,[1] ob er Herausgabe der stellvertretenden Vorteile verlangen und gleichzeitig die Gegenleistung machen will, oder ob er letztere verweigern und auf das stellvertretende Kommodum verzichten will.

Die gemeinrechtliche Voraussetzung der Gefahrtragung, näher, daß der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Kommodums davon abhängig ist, daß der Gläubiger in Ansehung des betreffenden Ereignisses die Gefahr trägt, ist im heutigen Recht also nicht mehr gefordert.

Andererseits ist aber auch heute noch Voraussetzung, daß nachträgliche[2] Unmöglichkeit vorliegen muß.

Abweichend dagegen von der dritten Voraussetzung im gemeinen Recht kann sich der Herausgabeanspruch erstrecken nicht nur auf solche Vorteile, die der Schuldner durch denselben Umstand erlangt hat, der die Erfüllung unmöglich machte, sondern auch auf alle, die er infolge des betreffenden Ereignisses erhielt. „Es genügt also,

1) Nach Planck kann der Gläubiger bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit die stellvertretenden Vorteile und Schadensersatz nebeneinander auf Grund des § 281 fordern; vgl. Windmüller a. a. O. S. 102.

2) Cosack BGB. I S. 332 dehnt die Vorschrift auch auf den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit aus

wenn das Ereignis eine Bedingnng des Erwerbes bildete."[1]

Was den Gegenstand und Umfang des Herausgabeanspruches auf die stellvertretenden Vorteile im bürgerlichen Recht betrifft, so sei hier gleich vorweg erwähnt, daß der Wert der erlangten stellvertretenden Vorteile sich, wie vorhin in der Einleitung erörtert wurde, um die Aufwendungen des Schuldners mindert, soweit sie diesen Wert erhöhen.[2] Wie im gemeinen Recht kann der Gläubiger als stellvertretende Vorteile jeden Ersatz oder Ersatzanspruch herausverlangen, den der Schuldner durch Rechtsgeschäft, oder ein sonstiges Ereignis erhalten hat. So steht dem Gläubiger im Falle schuldhafter Beschädigung des Leistungsgegenstandes durch einen Dritten der Ersatzanspruch des Schuldners gegen diesen Dritten zu, ferner bei der Enteignung die vom Schuldner erlangte Entschädigungssumme.

Geht eine Sache beim Eigentümer durch Enteignung, Verbindung, Vermischung oder Vermengung unter und hatte der Eigentümer Dritten an der Sache dingliche Rechte eingeräumt, so verleiht das BGB. den dinglich Berechtigten einen dinglichen Anspruch an bezw. auf das stellvertretende Kommodum. Das BGB. trägt dabei der gemeinrechtlichen Voraussetzung Rechnung, daß die Berechtigten die Gefahr des durch die Entziehung eintretenden Rechtsverlustes tragen. Nach § 1127 BGB. erstreckt sich so die Hypothek, wenn Gegegenstände, die der Hypothek unterliegen, unter Versicherung gebracht sind, auch auf die

1) Windmüller a. a. O. S. 103.

2) Kaufmann, Komm. II z. § 281 vgl. dazu Schollmeyer I S. 112.

Forderung gegen den Versicherer. Einer Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Grund- und Rentenschuld steht nichts entgegen gemäß § 1192, sowie § 1199 BGB. Bei letzteren zeigt sich wegen ihrer abstrakten Natur noch mehr die Gefahrtragung der Berechtigten als bei der Hypothek, die akzessorischer Natur ist.[1] Nach § 949 bleiben im Fall der Vermischung und Vermengung Rechte, wenn der bisherige Eigentümer Miteigentum an der neu entstandenen Sache erwirbt, an dem Anteil des bisherigen Eigentümers bestehen, wenn er das Alleineigentum erwirbt, erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache. Erwirbt der bisherige Eigentümer an der infolge Verbindung neu entstandenen Sache kein Eigentum, so steht dem dinglich Berechtigten gemäß § 951 BGB. ein Bereicherungsanspruch zu. Bei Enteignung räumt Art. 52 und 109 des EG. den Berechtigten ein Recht auf den Entschädigungsanspruch ein.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht hat der Gläubiger Anspruch auf den durch Verkauf der geschuldeten Sache vom Schuldner erhaltenen Kaufpreis.[2] Denn wie wir oben sahen, gibt das heutige Recht auch dann einen Herausgabeanspruch, wenn den Schuldner die Gefahr trifft. Ebenfalls eine Folge der weiteren Fassung des Prinzips im heutigen Recht ist die, daß der Gläubiger auch die Versicherungssumme beanspruchen kann,[3] wenn eine solche für die untergegangene Sache gezahlt sein sollte, sofern sie einen infolge des die Un-

1) Windmüller a. a. O. S. 106.
2) Dernburg BGB. II § 62 vgl. dazu Windmüller a. a. O. S. 103.
3) Planck Komm. zu § 281.

möglichkeit herbeiführenden Ereignisses erlangten Ersatz bildet.

Von großem Umfang ist der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der stellvertretenden Vorteile, wenn der Schuldner nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, zumal hier der Gläubiger die Gefahr in hohem Maße zu tragen hat. Nach § 818 Abs. 2 und 3 des BGB. geht der Anspruch des Gläubigers, wenn die Sache untergegangen ist, allerdings nur auf den gemeinen Wert bis zum Betrage der Bereicherung. Nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger hat also hier die Gefahrtragung für eine Minderung der Bereicherung. Es ist daher der Billigkeit[1] entsprechend, wenn das BGB. in § 818 Abs. 1 den Anspruch des Gläubigers andererseits nicht nur auf die unmittelbar erlangten Gegenstände erstreckt, sondern auch auf dasjenige, was sich weiterhin aus ihnen entwickelt, der Gläubiger erhält damit auch jede Vermehrung der Bereicherung, während sonst der Schuldner die stellvertretenden Vorteile, soweit sie den gemeinen Wert des ursprünglichen Gegenstandes übersteigen, für sich behalten könnte.

Als eine weitere Billigkeitsvorschrift erscheint heute die Bestimmung des BGB. in § 816, daß ein Nichtberechtigter, der über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, diesem zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet ist. Während diese Vorschrift im gemeinen Recht als eine Singularität erschien, erscheint dieselbe

1) Mot. II S. 838.

im heutigen Recht mit Rücksicht[1] auf die Grundsätze vom Erwerb im guten Glauben und im Vertrauen auf das Grundbuch als durchaus notwendig und billig mit Rücksicht auf die hohe Gefahr für den Berechtigten bei solchen Verfügungen Nichtberechtigter.

1) Windmüller a. a. O. S. 105.

Zweiter Abschnitt.

Der Anspruch auf das akzessorische Kommodum.

Vorbemerkung.

Wie wir bereits oben erörterten, kann der Schuldner Vorteile von der geschuldeten Sache erlangen auch ohne, daß gleichzeitig eine gänzliche, oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird. Zum akzessorischen Kommodum gehören einmal Vorteile, die ganz in die geschuldete Sache aufgehen, sodann solche, die selbständig neben die Sache hinzutreten.[1]

Unter den Fällen, in denen der Gläubiger außer der geschuldeten Sache auch Herausgabe der akzessorischen Vorteile verlangen kann, haben wir zu trennen zwischen Restitutions- und Leistungsansprüchen.

Unter Ersteren unterscheiden wir wieder Fälle, in denen die Sache dem Gläubiger zu eigen blieb,[2] bei denen das Haben oder „Verwalten des fremden Kapitals“ [3] seitens des Schuldners ein rechtmäßiges ist. So bei der Leihe, Miete, Pacht, Geschäftsführung u. dgl. Die anderen

1) Stammler, Schuldverh. S. 132; Mommsen a. a. O. S. 16.
2) Dernburg Pand. II S. 68.
3) Petrazycki, Bd. II S. 33.

Fälle sind solche, in denen die Sache dem Gläubiger zu eigen hätte bleiben sollen,[1] bei denen das „Haben des Kapitals“ [2] seitens des Schuldners ein grundloses oder rechtsverletzendes ist, wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung, beim Zwang, Betrug, Eigentums-Erbschafts-anspruch u. dgl.

Bei den Leistungsansprüchen ist aber erst mit Verzug oder einem ähnlichen Ereignis wie beim Kauf mit der Perfektion oder dem Gefahrübergang ein Anspruch auf Herausgabe der akzessorischen Vorteile gegeben.

Der Herausgabeanspruch im gemeinen Recht.

Fragen wir nach den Voraussetzungen, die für den Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der akzessorischen Vorteile gegeben sein müssen, so finden wir in der gemeinrechtlichen Lehre anfangs als Prinzip den Satz aufgestellt eius commodum cuius periculum.

Zuerst hat Jhering sich mit diesem Satz befaßt,[3] indem er sich dabei im Wesentlichen auf Paulus anläßlich der viel zitierten l. 21 de hered. vend. stützt. Er sucht den von Paulus aufgestellten Grundsatz über die Prästation secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda klar fest zu stellen und aufrecht zu erhalten. Er bemüht sich zahlreiche Quellenstellen in gezwungener Weise dem Prinzip unterzuordnen, kann aber

1) Dernburg, Pand. II S. 68.

2) Petrazycki Bd. II S. 32.

3) Jhering, Abhandlungen aus dem röm. Recht, Abhdl. I: „Inwieweit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?“

trotzdem nicht umhin, einzelne Entscheidungen der Quellen als direkte Ausnahmen zu bezeichnen.

Seit den überzeugenden Erörterungen Fr. Mommsens ist aber allgemein anerkannt, daß der Satz commodum eius esse debet, cuius est periculum im gemeinen Recht, und wie wir oben gesehen haben, nur für das stellvertretende Kommodum mit in Betracht kommt, nicht für das akzessorische, ebenso wie der von Jhering uneingeschränkt aufgestellte Satz über die Nichtherausgabepflicht des lucrum propter negotiaonem perceptum nur auf das akzessorische Kommodum zu beschränken ist. Mommsen[1] beweist, daß der Satz eius commodum cuius periculum, daß dieser Parallelismus von Vorteil und Gefahr nicht bei allen Forderungen zutrifft. So ist er nicht zutreffend einmal bei allen dinglichen Ansprüchen, sodann bei Ansprüchen aus einem wohltätigen Grunde, ex causa lucrativa,[2] wie bei Ansprüchen aus Vermächtnissen, Dosversprechen und Schenkungen, indem hier der Gläubiger, obgleich er die Gefahr trägt, auf den Gewinn keinen Anspruch hat. Dieser Ansicht schließt sich Windscheid[3] an und sieht auch

1) Mommsen Erörterungen a. d. Oblig. R. I S. 3: „Ich will in dieser Beziehung nur Folgendes hervorheben. Der bonae fidei possessor einer Sache lukriert die Früchte derselben, obgleich er selbst dann nicht zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn die Sache durch seine culpa untergeht; der malae fidei possessor ist zur Herausgabe der Früchte verpflichtet, obgleich er entschieden in einem höheren Grade die Gefahr trägt als der bonae fidei possessor." — So steht es bei der rei vindicatio —

2) Mommsen a. a. O. S. 42: „In der Tat ist es auch der Billigkeit durchaus entsprechend, bei solchen Forderungen eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Kommodums nicht ohne Weiteres einsetzen zu lassen."

3) Windscheid Pand. § 327.

den entscheidenden Grund für die Freiheit des Schuldners von der Leistung des Kommodums bei diesen Verträgen in der causa lucrativa.

Mit einer Quellenstelle läßt sich diese Theorie widerlegen, daß nämlich der Dotalvertrag ein negotium onerosum ist.[1] Außerdem verleitet die Theorie von der causa lucrativa zu dem falschen Schluß, daß bei den negotia onerosa immer das Kommodum zu prästieren sei; während Mommsen selbst zugesteht,[2] daß eine Ausdehnung nur auf derartige Fälle stattfinden kann, wo die unten S. 43 zu erwähnende dem Kauf zu Grunde liegende Auffassung möglich ist. Da die Theorien von Mommsen und Windscheid somit keine volle Lösung der Frage enthalten, so ist man teilweise wieder auf den Satz eius commodum, cuis periculum zurückgekommen.

Da die Frage nach den Voraussetzungen für den Anspruch auf Herausgabe der akzessorischen Vorteile somit streitig ist und sich ein klares, allgemeines Prinzip nicht aufweisen läßt, so ist man nur auf eine kasuistische Lösung angewiesen. Wir gehen dabei aus von der Klassifikation, die die römische Lehre schon für die Fruchtprästation[3] hatte. Paulus[4] sagt: verbum „restituas" quod in hac re praetor dixit plenam habet significationem, ut

1) l. 19 D. de obl. et act. 447: Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse. . . .

2) Mommsen a. a. O. S. 42

3) Die Prästationspflicht des sog. wesentlichen Zuwachses ist selbstverständlich und wird unten beim Umfang des Anspruchs erörtert, ebenso die Bestimmung über den Schatz.

4) l. 38 D. de usur. 22,1.

fructus quoque restituantur. Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto, undi vi, etiam fructus sunt restituandi. Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti extipulatu, fructus non consequar. . . .

Wir finden diese Regel, wonach die Restitutionsansprüche mit der Prästationspflicht verbunden sind, im römischen positiven Recht bestätigt. So bei den dinglichen Klagen, der rei vindicatio; bei der erbrechtlichen Klage, der hereditas petitio; bei persönlichen Ansprüchen, wie Klagen aus der Geschäftsführung, a mandati,[1] negotiorum gestorum; tutelae, curae etc., ferner Deliktsklagen und condictiones sine causa, beim Depositum[2], Commodat, Fiducia[3] und bei Gemeinschaftsverhältnissen.

Der Hauptgrund, daß der Gläubiger vom Mandatar, negotiorum gestor, Vormund u. s. w. die Vorteile verlangen kann, liegt, abgesehen davon, daß der Gläubiger das Eigentum an der Sache behalten hat, in der Verwaltungspflicht[4] des Schuldners. Bei den Kon-

1) l. 10 § 2 D. mandati 17,1 si ex fundo quam mihi emit, procurator fructus consecutus est, hos quoque officis indicis praestare eum oportet.

2) l. 38 § 10 D. de usuris 22,1 si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet; videamus de fructibus et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt; l. 1 § 24 D. depositi 16,3 et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne undo res veniat, etc.

3) l. 22 § 2 D. de pig. act 13,7 si praedonem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoraticia actio quamvis ipse fructus suos non faciet; a praedone, enim fructus et vindicari exstantes possunt et consumpti condici; proderit igitur ei, quod creditore bona fide possessor fuit.

4) Podewils a. a. O. S. 60.

diktionen ist der Schuldner allerdings Eigentümer geworden, indessen wird, da er sine causa hat, fingiert, der Gläubiger habe das Eigentum gar nicht verloren. Hat der Schuldner die Sache nur zur Detention ohne zur Verwaltung verpflichtet zu sein, so kann sich der Anspruch des Gläubigers lediglich darauf gründen, daß er fortwährend Eigentümer geblieben ist.

Wenden wir uns jetzt zu dem zweiten bereits oben zitierten Satz: „si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, fructus non consequar", der von der Prästationsfreiheit bei den Leistungsansprüchen handelt. Wir finden diesen Satz in den Quellen mit einer Ausnahme, beim Kauf, bestätigt.

Daß der Schenker nichts zu prästieren hat, zeigt sowohl unmittelbar l. 35 § 5 b. C. de don. 8, 53[2] als auch mittelbar die l. 22 D. de don. 39,5, welche letztere den Schenker von Verzugszinsen befreit auf Grund der Billigkeit.

Ebenso sagt die l. 31 § 2 C. de iure dot. 5,12,[1] daß aus dem Dosversprechen an sich Früchte und Zinsen nicht zu prästieren sind, sondern erst, wenn nach 2 Jahren seit Beginn der Ehe die Dos noch nicht geleistet ist.

Beim Vermächtnis hat der Gläubiger im

---

1) . . . nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit, est non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit vel totam substantiam tradere.

2) . . . si quis in dotem vel paedia vel certum reditum . . . promiserit, si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico reditiuum vel pensionum use non panis civilis quaestum eum praestare . . . . .

römischen Recht keinen Anspruch auf ein etwaiges lucrum, so sagt Paulus in l. 33 D. de leg. 1 (30): si quis bonorum partem legaverit, ut hodie sit, sine fructibus restituitur nisi mora intercesserit heredis.

Beim Kauf sagen uns die Quellen deutlich, daß der Schuldner die seit Abschluß des Vertrages gezogenen Vorteile zu prästieren hat, so l. 1 C. de peric et comm. 4,48: post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contigit, ad emtorem pertinet.

Die Ausnahme beim Kauf muß man historisch erklären. Anfangs war der Kauf nur ein realer Akt, Zug um Zug tauschten die Kontrahenten Geld und Ware. Der Kauf war erst dann giltig, wenn der eine Kontrahent die Ware und der andere den Preis übergeben hatte. Konnte der Käufer aber die Kaufsache nicht sogleich mitnehmen, so ließ er die Ware dem Verkäufer einstweilen in Verwahr. Der Anspruch aus diesem Rechtsverhältnis war nun keine actio ad id consequendum, quod eius non fuit, sondern ein Restitutionsanspruch. Hierüber finden wir Quellenstellen bei Varro de re rustica II 2 § 6: (venditor pote emptorem damnare), si non reddit pretium; ferner l. 5 C. de act. emti 4,49 curabit praeses provinciae compellere emtorem . . . . . partem pretii . . . restituere; sodann l. 38 § 8 D. de usur. 22,1: ex causa etiam emtionis fructus restituendi sunt.

Fassen wir in Ermangelnng allgemeiner Voraussetzungen für den Anspruch auf Herausgabe der akzesso-

rialen Vorteile, die erörterten kasuistischen Bestimmungen zu einer Übersicht zusammen, so erhalten wir folgendes Resultat:

Bei den Leistungsansprüchen werden die akzessorischen Vorteile — abgesehen[1] von wesentlichem Zuwachs und Schatz — nicht prästiert (Ausnahme: der Kauf), wohl aber bei den Restitutionsansprüchen.

Bei der Frage, was kann der Gläubiger nun als akzessorische Vorteile verlangen, werden wir der Einheitlichkeit wegen von den einzelnen Arten derselben ausgehen.

Daß der Zuwachs infolge Alluvion, Verbindung ꝛc. dem Gläubiger immer gebührt,[2] ist selbstverständlich, denn dies sind Vorteile, die in die geschuldete Sache aufgehen und daher für den Schuldner untrennbar sich mit der Sache verbinden.

Vorteile, die der Schuldner dadurch erlangte, daß die Sache nur die occasio dazu bot, kann der Gläubiger nicht verlangen.[3] So hat der Schuldner auch beim Schatzfund nur die Hälfte davon an den Gläubiger herauszugeben, während er die andere Hälfte für sich behalten darf. Letztere erhält er als Finder, da diese auch jeder Dritte, der den Schatz gefunden haben würde, erhalten hätte.[4] Andererseits hat er die andere Hälfte

1) vgl. dazu Stammler a. a. O. S. 132.

2) z. vgl. d. näher. Begründ. oben S. 40 Anm. 3.

3) Jhering a. a. O. S. 8.

4) § 39 J de rer. div. 2,1: si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit.

dem Gläubiger herauszugeben, denn hier hat ihm die Sache nicht die Gelegenheit, sondern den Gewinn selbst geboten.[1]

In den Fällen der Geschäftsführung kann der Gläubiger alle Vorteile beanspruchen, die der Schuldner aus der Sache gezogen hat; dies ist dem Wesen der Geschäftsführung nach selbstverständlich. Die Quellen zeigen weite Konsequenzen dieser Herausgabepflicht, indem der Schuldner auch das, was er etwa zu Unrecht erlangt hat, herausgeben muß;[2] ferner hat der Gläubiger auch Anspruch auf Verzinsung des zu restituirenden Geldes.[3]

Nicht so einfach ist der Herausgabeanspruch zu bestimmen in den Fällen, wo nicht eine Geschäftsführung vorliegt. Die gemeinrechtliche Lehre[4] unterschied hier, zwischen einem lucrum ex re und einem lucrum propter negotiationem perceptum.

Das lucrum ex re sind nach Mommsen[5] „diejenigen Vorteile, welche durch die Sache selbst gewährt sind und die dem Eigentümer, falls er die Sache innegehabt, gewissermaßen von selbst zugefallen wären".

---

1) l. 7 § 12 D. sol. matr. 24,3: si thesaurus fuerit inventus, pars eius dimidia restituatur, quasi in alieno inventi.

2) l. 23 § 1 D. de neg. gest. 3,5: si quis negotia aliena gerans indebitum exegerit, restituere cogitur.

3) l. 10 § 3 D. mandati 17,1: sed si pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemues, debere eum praestare.

4) Ihering a. a. O. S. 6.

5) Mommsen a. a. O. S. 54.

Diese Vorteile gebühren daher dem Gläubiger, so vor Allem die gewonnenen Früchte, wozu auch der partus ancillae gehört.[1]

Das lucrum per negotiationem, Vorteile, die durch ein Rechtsgeschäft aus der Sache gewonnen sind, kann der Gläubiger nach der gemeinrechtlichen Lehre nicht beanspruchen. Diese Ansicht wurde zuerst von Jhering und zwar ganz allgemein für beide Kommoda-Arten aufgestellt. Mommsen aber wies nach, daß dieser Satz nur für das akzessorische Kommodum in Betracht kommt.[2] Gestützt wird diese Ansicht auf l. 21 D. de hered. vend. 18. 4: si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortus es videamus, ne nihil tibi debeam ex empto; pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.

Mommsen sagt[3]: „Der eigentliche Grund liegt nicht darin, daß der Gewinn kein lucrum ex re ist, denn so kann man den Gewinn, auch wenn der Gläubiger die Gefahr der negotiatio trägt, nicht wohl nennen. Der Grund der Entscheidung liegt vielmehr darin, daß die negotiatio periculo debitoris erfolgt ist, hinter „negotiationem" hat man hinzuzudenken: cuius periculum

1) l. 38 § 8 D. eod. ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt; l. 4 § 1 D. de usuris 22,1 si post contractam emtionem . . . partus editus . . est . . iudicis empti consequitur.

2) Dieser Ansicht ist auch Windscheid, Pand. Bd. II § 327; Dernburg, Pand. II § 23.

3) a. a. O. S. 110.

ad debitorem pertinet". Denn die Gefahr der Veräußerung, durch welche der Schuldner das Pretium erlangt, trug der Schuldner. Die Gefahr des späteren Ereignisses trug allerdings der Gläubiger; aber dieses Ereignis hat nicht das Kommodum in das Vermögen des Schuldners gebracht.

Podewils bestreitet die Richtigkeit dieser Lehre und beruft sich darauf, daß noch andere Obligationen in Betracht zu ziehen wären, so Ansprüche aus den condictiones sine causa, aus der actio redhibitoria etc.[1] „In der Tat sagen uns die Quellen bei der actio redhibitoria[2], daß hier der Gläubiger sehr wohl einen Anspruch auf das Kommodum habe, welches der Schuldner durch Rechtsgeschäfte aus der Sache gezogen habe". Er behauptet sodann, daß es sich in der l. 21 D. de hered. vend 18. 4 nicht um ein akzessorisches Kommodum handelt, sondern um ein stellvertretendes Kommodum, da solches erlangt wird, indem gleichzeitig die Leistung der Sache unmöglich wird. Podewils[3] kommt daher zu folgender Schlußfolgerung, der auch wir uns anschließen, daß der Gläubiger diejenigen Vorteile, welche der Schuldner aus der Sache durch solche Rechtsgeschäfte gezogen hat, welche in keiner Weise ihre Leistung beeinträchtigen, verlangen kann. Wird die Leistung durch sie unmöglich gemacht, so kommt

---

1) Podewils a. a. O. S. 87.

2) l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21,1: quum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit, restitui oportet non solum si ipse fructus percepit, mercedesve a servo vel a conductore servi accepit.

3) a. a. O. S. 89.

es, wie wir früher gesehen haben, darauf an, ob der Schuldner oder der Gläubiger die Gefahr hinsichtlich des Geschäfts trägt.

Der Herausgabeanspruch im bürgerlichen Recht.

Wir wir bereits oben sahen, war im gemeinen Recht die Frage nach den Voraussetzungen für den Anspruch auf Herausgabe der akzessorischen Vorteile streitig, sodaß man in Ermangelung eines allgemeinen Prinzips auf eine kasuistische Lösung angewiesen war. Auf Letztere ist man umsomehr im heutigen Recht angewiesen, da auch „das BGB. keine allgemeine Bezugnahme auf die aufgeworfene Frage aufzuweisen hat".[1]

Allerdings weisen manche doch noch auf den Satz eius commodum, cuius periculum hin, so spricht Örtmann[2] anläßlich des Übergangs der Nutzungen beim Kauf des (§ 446) von einem „Prinzip für den Übergang der Nutzungen: der römische Satz cuius est periculum, eius est commodum ist als innerlich durchaus angemessen im BGB. beibehalten worden".

Wenn wir die Motive[3] zu dieser Stelle fragen, so hören wir aber, daß „der Entwurf keineswegs mit der Vorschrift des heutigen § 446 das Prinzip, daß wer die Gefahr trage, stets auch den Anspruch auf die Nutzungen habe, als ein allgemeines anerkennt".

---

1) Stammler, Schuldverh. S. 132.
2) Örtmann, Komm. z. BGB. Schuldverh. S. 168.
3) Motive Bd. II S. 325.

Durchweg ist auch heutzutage die Frage noch unentschieden[1] in Bezug auf einen allgemeinen Grundsatz; im BGB. selbst finden wir jedenfalls keine allgemeine Grundsätze über die Prästation der Nutzungen[2] aufgestellt. Vielmehr weist das BGB. nur hier und da vereinzelte Bestimmungen darüber auf, sodaß wir, wie bereits gesagt, auch hier nur auf eine kasuistische Lösung angewiesen sind. Prüfen wir daher, wie weit die gemeinrechtliche Regel, wonach bei den Leistungsansprüchen nicht prästiert wird (Ausnahme: der Kauf) wohl aber bei den Restitutionsansprüchen, im heutigen Recht gilt.

Daß die Restitutionsansprüche auch im heutigen Recht mit der Prästationspflicht verbunden sind, wird mit einer Ausnahme allerdings in § 993 Abs. 1 Satz 2 des BGB. bestätigt. So bei den dinglichen Klagen in §§ 987—993 des BGB., bei erbrechtlichen Klagen § 2020 ff. des BGB., bei persönlichen Ansprüchen wie Klagen aus der Geschäftsführung § 664 des BGB., ferner bei den Klagen aus der ungerechtfertigten Bereicherung § 818 ff. des BGB., bei der Verwahrung § 698 des BGB., bei Gemeinschaftsverhältnissen § 743 f. des BGB. u. dgl. Die Ausnahme des BGB. in § 993, daß der redliche entgeltliche Erwerber von der Prästation befreit ist, hat darin ihren Grund, daß derselbe nach § 955—957 an den Früchten mit der Trennung des Eigentum erwirbt.

---

1) Windscheid, Pand. m. vergleich. Darstellung des BGB II S. 329; Stammler, Schuldverh. S. 132.

2) Es wird abgesehen vom wesentl. Zuwachs und Schatz, vgl. dazu näh. Begründung oben S. 40 Anm. 3.

Über die Bedeutung der Prästation bei diesen Ansprüchen, — die wir bereits oben einteilten in Ansprüche auf Herausgabe einmal von solchen Sachen, die dem Gläubiger zu eigen sind, sodann von solchen, die ihm zu eigen hätten bleiben sollen — hören wir am besten die eigenen Worte Petrazyckis,[1] der ja besonders diese Lehre vom Standpunkt der rationellen Zivilpolitik behandelt. Während die erste Gruppe die Erscheinungen des gesunden und normalen Rechtsverkehrs umschließt, begreift die zweite Gruppe die pathologischen Erscheinungen des Rechtslebens in sich. Es ist ganz klar, daß bei den Verwaltungsverhältnissen der ersten Gruppe „das ganze lucrum . . . erstattet werden muß, damit diese Institute ihre für den Volkswohlstand nützlichen Funktionen richtig erfüllen und die Verwalter nicht demoralisiert werden. Bei den Verhältnissen der zweiten Gruppe, da es sich hier vorzugsweise um die Pathologie des Rechtslebens handelt, besteht die Aufgabe der Zivilpolitik darin, diese Krankheitserscheinungen möglichst selten zu machen."

Den Satz über die Prästationsfreiheit bei den Leistungsansprüchen fanden wir im gemeinen Recht mit einer Ausnahme beim Kauf bestätigt, im BGB. aber bereits mit einer weiteren Ausnahme auch beim Vermächtnis § 2184 BGB. Dagegen modifiziert das BGB. die Ausnahme beim Kauf dahin, daß nur beim Immobiliar — (§ 446 Abs. 2) und Erbschaftskauf § 2380, nicht aber beim Mobiliarkauf zu prästieren ist, § 446 BGB. Daß der Schenker nichts zu prästieren hat, ist wie im gemeinen Recht zu schlußfolgern aus der im BGB. § 522 ausgesprochenen

1) Petraz. Lehre v. Einkommen Bd. II S. 33 u. 34.

Befreiung des Schenkers von der Zahlung von Verzugszinsen.

Wenn im heutigen Recht unter Umständen beim Immobiliar- und Erbschaftskauf Nutzungen zu prästieren sind, so hat dies seinen Grund im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Indessen „bindet" wie die Motive[1] sagen, „der Entwurf das Kommodum nicht unbedingt an das periculum, sondern spricht dem Verkäufer das Recht auf die Nutzungen nur zu, so lange er in Gemäßheit der Vorschriften des Abs. 1, 2 des § 446 die Gefahr trägt. Daß beim Vermächtnis heute die Früchte herauszugeben sind, mag darin begründet sein, daß der Onerierte gewissermaßen eine Geschäftsführung für den Vermächtnißnehmer vornimmt.

Daß aber in der Regel bei den Leistungsansprüchen eine Prästationspflicht nicht besteht, hat folgenden zivilpolitischen Grund. Es soll den beiden Parteien das Interesse an dem möglichst sorgfältigen Bezuge des Einkommens nicht abgeschwächt werden und die Frucht der Sorgfalt des Wirtschafters und nicht der der Gegenpartei zufallen.[2]

Wenn wir auch hier die bei den Restitutions- und Leistungsansprüchen erörterten Einzelbestimmungen zu einer Übersicht über die Prästationspflicht der akzessorischen Vorteile nach bürgerlichem Recht zusammenfassen, so erhalten wir folgendes Resultat:

Bei den Leistungsansprüchen werden die Nutzungen[3] nicht herausgegeben (Aus-

1) Mot. II S. 34.

2) Petrazycki a. a. O. S. 39.

3) Es wird abgesehen vom Zuwachs und Schatz, vgl. dazu näh. Begründ. oben S. 40 Anm. 3.

nahme: Erbschaftskauf und unter Umständen der Immobiliarkauf, sowie Vermächtniß hinsichtlich der Früchte), wohl aber bei den Restitutionsansprüchen (Ausnahme: redlicher entgeltlicher Erwerb).

Im Folgenden werden wir nun auf den Gegenstand und Umfang der Prästation eingehen. Wie im gemeinen Recht ist der sog. wesentliche Zuwachs[1] immer mit herauszugeben. Es folgt dies aus der allgemeinen Vorschrift des § 93 BGB., wonach Bestandteile einer Sache, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört, oder in seinem Wesen verändert wird, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Ob der Schuldner einen Ersatz wegen Verwendungen hat, richtet sich nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag § 677 ff. des BGB.[2]

Ebenso bleibt die gemeinrechtliche Bestimmung über den Schatz im heutigen Recht bestehen, wenn auch begriffsmäßig nicht mehr erforderlich ist, daß die Sache von Wert ist. Nach § 984 hat auch heute der Gläubiger einen Anspruch auf die Hälfte des Schatzes.

Inwieweit der Gläubiger einen Anspruch auf die übrigen selbständigen Vorteile hat, die zu der Hauptsache hinzutreten, wie natürliche und zivile Früchte, sowie die Gebrauchsvorteile, für welche drei letztere Arten das BGB. im Anschluß an neuere Gesetzgebungen den Namen „Nutzungen" aufgenommen hat, läßt sich nicht allgemein beantworten. Denn das BGB. nimmt keine allgemeine Bezugnahme auf diese Frage in seinem Allgemeinen Teil, sondern hat

1) Von „Zuwachs" sprach der I. Entw. § 427.
2) Stammler, Schuldverhältnisse S. 132.

über die Nutzungsprästation ihrer Bedeutung entsprechend zahlreiche und ausführliche Einzelvorschriften gegeben. Wir werden daher die Bestimmungen über die Nutzungsprästation bei den einzelnen Ansprüchen durchprüfen und uns dabei auf die gemeinrechtliche Klassifikation in Leistungs- und Restitutionsansprüche stützen.

Beginnen wir gleich mit den ersteren und zwar mit dem Kauf. Wie wir gesehen haben, hatten die römischen Juristen gerade beim Kauf den Satz eius commodum, cuius periculum ausgebildet. Im heutigen Recht finden wir den Satz wieder, indessen mit einer Ausnahme beim (Versendungskauf) und mit anderen Folgen als im römischen Recht. Alle Gesetzgebungen sind darüber einig, daß dem Käufer, solange er die Gefahr nicht zu tragen habe, auch die natürlichen und bürgerlichen Früchte der Sache nicht zukommen.[1] Aber während es im römischen Recht hieß periculum est emtoris, d. h.[2] mit der Perfektion des Kaufvertrages geht die Gefahr auf den Käufer über, hat das BGB. diesen Satz nicht übernommen,[3] da „dringende Gründe der Zweckmäßigkeit, Billigkeit und Praktibilität zur Aufnahme" nicht bestanden.

Nach unserer Meinung ist die heutige Gefahrregelung im BGB. vielleicht praktisch, aber durchaus noch nicht billig; wir verweisen dabei auf die Verkehrsordnung[4] der Buch-

1) Mot. II S. 325: Das BGB. erkennt aber mit der Vorschrift des § 446 überhaupt keineswegs das Prinzip, daß wer die Gefahr trage, stets auch den Anspruch auf die Nutzungen habe als ein allgemeines an"; ferner § 447 BGB. vgl. dazu Matthiaß BGB. I S. 489 „der Satz cuius periculum eius est commodum" ist nicht rein anerkannt.

2) Dernburg Pand. II S. 268.

3) Mot. II. S. 206. vgl. dazu Voß, über den Satz, periculum est emtoris S. 74.

4) Vom 26. April 1891 § 20.

händler, die die Gefahr auf beide Parteien zu gleichen Teilen teilt, was jedenfalls sehr zweckmäßig ist.

Nach § 446 Abs. 1 des BGB. geht vielmehr mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Und von der Uebergabe an gebühren ihm auch die Nutzungen. Bei Grundstücken aber tritt diese Wirkung bereits mit der Eintragung des Käufers in das Grundbuch ein, selbst wenn diese vor der Übergabe[1] geschieht, § 446, 2. Wenden wir auf den § 446 den Nutzungsbegriff aus § 100 an, so ergeben sich folgende Verschiedenheiten. Erzeugnisse und bestimmungsmäßige Ausbeute der Sache, die vor dem Gefahrübergang gewonnen sind, verbleiben dem Verkäufer. Sind die Erzeugnisse und sonstige Ausbeute erst nach dem Gefahrübergang getrennt worden, so fallen sie dem Käufer zu. Entsprechend verhält es sich mit Miet- und Pachtzinsen.

Eine Ausnahme vom Parallelismus der Gefahr und Nutzungen aber macht der Versendungskauf. Hiergehen, trotzdem während des Transports die Gefahr auf den Käufer übergeht, die Nutzungen nicht über, sondern gebühren noch dem Verkäufer. Der Grund mag darin liegen, daß, wie Dernburg[2] sagt, der Versendungskauf in § 447 nur eine Ausnahme in Hinsicht auf die Transportgefahr ist,

1) Örtmann, Komm. S. 168: Geschieht die Übergabe eines Grundstücks vor der Auflassung bezw. Eintragung, so gewinnt auch ein Nichteigentümer Ansprüche auf die Erzeugnisse (während in den meisten Fällen die Erzeugnisse dem Eigentümer der Muttersache zufallen) und zwar erlangt er ihr Eigentum hier kraft Gestattung des ihm dazu ex empto verpflichteten Eigentümers, also gemäß § 956 mit der Trennung.

2) Dernb. BGB. II S. 30 ähnlich Fischer-Henle S. 191 und auch Örtmann, Komm. S. 172.

während im übrigen § 446 in Anwendung bleibt. Eine Schlußfolgerung ist die, daß die Milch, sowie das Tierjunge eines abgesendeten Viehs dem Verkäufer zufällt. Diese Konsequenz kann allerdings unter Umständen höchst unbillig erscheinen, so zum Beispiel, wenn das trächtige Vieh verendet, nachdem es ein Tierjunges geworfen hat. Der Käufer müßte in diesem Fall zahlen, obwohl er seine Gegenleistung nicht erhält. Cosack[1] fühlt sich daher veranlaßt, für diese Fälle aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme zu machen.

An die Betrachtung des gewöhnlichen Kaufs wollen wir gleich den Erbschaftskauf anschließen. Wir finden auch hier einen Parallelismus von Gefahr und Nutzungen nur mit dem Unterschied, daß im Gegensatz zum gewöhnlichen Kauf die Gefahr schon mit dem Abschluß des Vertrages übergeht und dementsprechend auch die Nutzungen von diesem Zeitpunkt ab dem Käufer zufallen, § 2380 BGB. Die innere Begründung für diese Ausnahme von § 446 liegt in der rückwirkenden Bedeutung der Fiktion des § 2377 BGB., wonach dem Erbschaftskäufer Rechte schon für die Zeit vor Vertragsschluß zugesprochen werden.[2] Für den Herausgabeanspruch des Käufers kommt die zur Zeit des Verkaufs vorhandene Erbmasse in Betracht, nicht die zur Zeit des Erbfalls vorhandene; sollte der Verkäufer in der Zwischenzeit vom Erbfall bis zum Verkauf den Nachlaß verringert haben, so hat der Käufer hierfür

---

1) Cosack, Bd. I § 124 Ziff. 2a.

2) Kuhlenbeck Komm. S. 797 vgl. dazu Podewils a. a. O. S. 127: „Der innere Grund wird wiederum der sein, daß die Parteien die Sache (die Erbschaft) so ansehen wollen, als gehe sie wirklich mit Abschluß des Vertrags in das Vermögen des Käufers über."

nur dann Ersatz zu verlangen, wenn der Verkäufer Nachlaßsachen unentgeltlich veräußert oder für sich aufgebraucht hat.[1]

Mit Hinsicht auf den oben als Gegenstand des Herausgabeanspruchs bezeichneten Nettoertrag hat der Verkäufer auf Ersatz notwendiger Verwendungen, die er zwischen Abschluß und Übergabe machte, keinen Anspruch, da er in dieser Zeit für eine sorgfältige Verwahrung verpflichtet ist.[2] Sollte aber schon wegen bereits vollzogener Versendung oder Auflassung die Gefahr auf den Käufer übergegangen sein, so würden dann etwaige Verwendungen im Interesse des Käufers geschehen und würde der Verkäufer daher einen Ersatzanspruch gemäß den Vorschriften des Auftrags haben § 450, 1.[3] Hat der Verkäufer zwischen Übergabe und Abschluß nur nützliche Verwendungen gemacht, so richtet sich ein eventueller Ersatzanspruch nach den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag, § 450, 2. Diese Vorschriften über die Ersatzpflicht von Verwendungen sind beim Erbschaftskauf ausgedehnter. Der Erbschaftskäufer hat hier dem Erbschaftsverkäufer die schon vor Verkauf auf die Erbschaft gemachten Verwendungen zu ersetzen und zwar nicht nur die notwendigen, sondern auch andere, sofern der Wert der Erbschaft zur Zeit des Verkaufs durch sie noch erhöht ist, § 2381.

Bei dem Leistungsanspruch aus dem Schenkungsversprechen können wir das gleiche wie im gemeinen Recht feststellen. Auch im heutigen Recht ist der Schenker befreit,

1) Cosack BGB. II S. 778 ebenso Osenstätter, Erörterungen a. d. Erbr. Der Erbschaftskauf unter 3.

2) Eneccerus u. Lehmann BGB. I. S. 594.

3) vgl. Art. 343 HGB.

irgend welche Nutzungen zu prästieren. Im Gesetz offen ausgesprochen finden wir dies allerdings nicht, indessen können wir solches schlußfolgern[1] aus § 522, wonach der Schenker befreit ist von der Entrichtung der Verzugszinsen. Grund dieser Befreiung war im römischen Recht die Vertragsnatur der Schenkung in der Form einer stricti iuris obligatio, heutzutage erscheint sie als eine Forderung der Billigkeit.[2] „Die Unentgeltlichkeit des Geschäfts führt gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts zu Abschwächungen."[3] Nur in dem Falle, daß sich die Schenkungsabsicht auch auf die Nutzungen erstreckt, wird der Schenker diese auch herauszugeben haben. Jedenfalls hat der Schenker mit der Rechtshängigkeit wie jeder andere Schuldner die Nutzungen gemäß § 292 herauszugeben.

Es bleibt uns von den Leistungsansprüchen nun noch das Vermächtnis übrig. Ist ein bestimmter Erbschaftsgegenstand vermacht, so hat der Beschwerte nach § 2184 die seit Vermächtnisanfall gezogenen Früchte, sowie das sonst auf Grund des vermachten Rechts Erlangte dem Vermächtnisnehmer herauszugeben. Dagegen braucht der Belastete für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören, keinen Ersatz zu leisten. Diese Regel ist nicht auf ein Gattungs- oder Wahlvermächtnis ausgedehnt, denn bei diesen kann es sich nicht um Herausgabe von Früchten, sondern um Schadensersatz[4] handeln. Die Prästationspflicht beginnt mit dem Anfall, respektive mit dem Erbfall, wobei es

1) Stammler Komm., Recht d. Schuldv. S. 133.

2) Motive II S. 398.

3) Matthiaß BGB. I S. 533 ebenso Dernburg BGB. II S. 126: „Es soll mit dem, welcher selbst nicht rechnet, nicht auf das Haar gerechnet werden."

4) Fischer-Henle S. 917.

auf die Kenntnis vom Vermächtnis nicht ankommt. Obigem Paragraphen gemäß hat der Belastete die gezogenen Früchte herauszugeben, soweit sie noch vorhanden sind. Sind aber die gezogenen Früchte nicht mehr vorhanden, so hat der Belastete Ersatz zu leisten,[1] wenn er durch ihren Verbrauch bereichert wurde, oder wenn sie durch sein Verschulden untergegangen sind. Indessen ist dem Belasteten doch in einer Beziehung noch Befreiung von der Prästierung gewährt geblieben. Nämlich Nutzungen, die nicht zu den Früchten hören, das sind also Gebrauchsvorteile, begründen für ihn keine Ersatzpflicht. Während im römischen Recht sich die allgemeine Prästationsbefreiung beim Vermächtnis auf positive Quellenansprüche stützte, ist die teilweise Befreiung nach BGB. begründet in dem Willen des Erblassers, wonach angenommen wird, daß der Beschwerte die Gebrauchsvorteile nicht zu ersetzen habe.[2] Die Begründung mit dem Willen des Erblassers ist nach unserer Meinung hier wenig passend; sollte es dem Erblasser gleich sein, ob der Erbe die Sache, z. B. ein Ackergrundstück, verpachtet oder als Reitbahn gebraucht? — im ersten Fall bekäme der Vermächtnisnehmer das Pachtgeld, im zweiten Fall nichts. —

Die Natur des Anspruchs, den der Vermächtnisnehmer auf Herausgabe der Früchte geltend macht, ist keine dingliche, sondern eine obligatorische.[3] [4]

---

1) Fischer-Henle S. 918.

2) Motive V S. 195.

3) vgl. daz. Weidemann, Von welchem Augenblick kann der Vermächtnisnehmrr die Früchte der ihm vermachten Sache beanspruchen, S. 74.

4) Rüger, Aus d. Erbrecht des BGB. das Vermächtnis (im Sächs. Archiv f. BR. und P. 1901 S. 455)

Der Beschwerte hat dazu Ersatzansprüche für Verwendungen auf die Sache selbst, sowie für jede andere Aufwendungen § 2185 und zwar gemäß dem zwischen Besitzer und Eigentümer geltenden Verhältnis, worauf wir beim Eigentumsanspruch eingehen werden. Nicht angerechnet wird auf den Verwendungsanspruch der Geldwert der Gebrauchsvorteile, von deren Prästation der Onerierte ja befreit ist. Es sagen hierüber die Motive[1] „den Geldwert der vom Beschwerten nach dem Erbfall gezogenen Nutzungen, soweit der Beschwerte zu deren Herausgabe nicht verpflichtet ist, auf den zu ersetzenden Betrag in Abzug bringen zu lassen, würde nicht angemessen sein".

Wenden wir uns zu den Restitutionsansprüchen und prüfen, wie es hier nach heutigem Recht mit der Prästation bestellt ist. Die Herausgabeansprüche auf die Nutzungen bei der Eigentums„klage" sind mit einer Ausnahme obligatorische.[2] Endemann[3][4] sagt: „Die den Normen des BGB. unterstellten Rechtsgeschäfte an Sachen werden primär von den im dritten Buch enthaltenen Rechtsvorschriften geordnet. Dies Sachenrecht im technischen Sinn bedarf aber bei seiner knappen Fassung durchweg der Ergänzung. . . . Dieser Grundgedanke wird in der Weise fortgeführt, daß aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und Besitzer sowohl kraft Gesetzesvorschrift besonders geartete Schuld-

1) Mot. V S. 201.

2) Die Prot. sagen Bd. III S. 339, daß „bei demjenigen, welcher in grobfahrlässiger Unkenntnis seines Rechtsmangels den Besitz erworben habe, die natürlichen Früchte vom Eigentümer vindiziert werden könnten."

3) Endemann BGB. II S. 3—7.

4) Heilfron BGB. III S. 367.

verhältnisse entstehen, wie auch allgemein obligatorische Haftungsgrundsätze zur Anwendung gelangen. Sie treten neben die dingliche Klage des Eigentümers und ergänzen diese in wichtigen Teilen". Auch sind die Herausgabeansprüche auf Nutzungen schon deshalb nicht dinglich, da sie nur durch Abtretung auf einen Rechtsnachfolger übergehen.[1] „Sie sind persönlicher Natur".[2] Wir werden im folgenden bei der Erörterung der einzelnen Herausgabeansprüche auf die Nutzungen scheiden zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers unter Berücksichtigung der Zeit vor und nach der Rechtshängigkeit.

Handelt es sich um einen redlichen Besitzer, mit anderen Worten um einen solchen, der sich in entschuldbarer Weise zum Besitz für berechtigt hält, und hat er den Besitz obendrein entgeltlich erlangt, dann erstreckt sich seine Herausgabepflicht auf Folgendes. Für vor der Rechtshängigkeit gezogene Nutzungen hat er nichts zu erstatten gemäß § 993 Abs. 1 Satz 2.[3] Diese Vorschrift gilt für jeden redlichen Besitzer, so abweichend von E. I auch für den, der ein vermeintliches, obligatorisches oder dingliches Recht zum Besitz vom Eigentümer selbst herleitet. Eine sich aus § 993 Abs. 1 Satz 2 ergebende Konsequenz ist die, daß der Besitzer sogar die der Bewirtschaftung unentbehrlichen Früchte zurückbehalten darf.[4] Auch können derartige Früchte von dem rechtmäßigen Gläubiger des Eigentümers nicht gepfändet werden, da

1) Mot. III S. 395.
2) Planck, a. a. O. S. 248.
3) Prot. III S. 347.
4) Cosack BGB. S. 164.

der redliche Besitzer nach § 955—957 an den Früchten mit der Trennung das Eigentum erwirbt. Hat der redliche entgeltliche Besitzer die Früchte soweit gezogen, daß sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht mehr als Ertrag bezeichnet werden können, dann muß er herausgeben nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung,[1] § 993 Abs. 1, Satz 1 BGB. Diese von der Reichstagskommission aufgenommene Bestimmung geht, wie Planck* meint davon aus, daß die natürlichen Früchte einer Sache, wenn sie nicht anders als unter Beeinträchtigung der Substanz oder des Wertes der Sache gewonnen werden können, als Frucht im wirtschaftlichen Sinn nicht zu betrachten sind. Während Satz 2 des Abs. 1 des Paragraphen von Nutzungen spricht, behandelt Satz 1 nur die Früchte. Auch sei erwähnt, daß die Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung obligatorisch und nicht dinglich ist.

Wir haben sodann die Haftung des redlichen, unentgeltlichen Besitzers vor der Rechtshängigkeit zu betrachten. Seine Herausgabepflicht bestimmt sich nach § 988 auf alle gezogenen Nutzungen und zwar hat er sowohl die natürlichen wie die zivilen Früchte und die Gebrauchsvorteile zu restituieren. Da er nur dann haftet, sofern er bereichert ist, wird er für solche gezogenen Nutzungen, durch die er nicht mehr bereichert ist, nicht zu haften haben. Vorausgesetzt ist,

---

1) Nagelschmidt, Der Eigentumsanspruch wegen Besitzentziehung S. 42: „Hier wird also auch der gutgläubige Besitzer ev. den Beweis führen müssen, daß er bei der Rechtshängigkeit nur noch zu einem bestimmten Betrage bereichert gewesen sei."

*) Planck, Komm. Lief. 16 S. 261.

daß es sich, wie schon gesagt, handelt um einen Eigenbesitzer oder einen, der die Sache zwecks Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts besitzt z. B. als Nießbraucher und daß ferner der Besitz unentgeltlich erlangt ist, z. B. „durch Erbgang, Vermächtnis, Schenkung, Aneignung; der Nutzungspfandbesitzer hat den Besitz nicht unentgeltlich erlangt".[1] Damit zeigt sich obiger Paragraph als eine Ausnahme vom § 987 und wird zugleich weiter gesagt, daß unter „Besitzer" des § 987 der redliche entgeltliche zu verstehen ist. Die Vorschrift des § 988 ist daher, da erst nachträglich von der zweiten Kommission aufgenommen, eingeschoben worden.[2]

Die Wirkung, die sich an den Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs in Ansehung der Herausgabe der Nutzungen ergibt, ist sowohl für den redlichen entgeltlichen und für den redlichen unentgeltlichen Besitzer wie für den unredlichen dieselbe. Die neuere Gesetzgebung hatte daran gedacht,[3] hier die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden. „Dagegen ist der Einwand zutreffend, daß eine nach subjektiven Rücksichten auf die Person des Eigentümers sich bestimmende Fürsorgepflicht für den Fall des unredlichen Besitzes nicht paßt und daß dem geltenden Recht solche subjektiven Rücksichten unbekannt sind".[4] Man hat daher eine besondere Normierung vorgenommen und die Nutzungsprästation seit der Rechtshängigkeit so eingerichtet,

1) Biermann, Komm. Seite 193.
2) Komm. Prot. S. 39, 83 f.
3) Mot. III S. 404.
4) Mot. III S. 404.

daß dem Schuldner das Interesse an der Verschleppung oder chikanen Führung des Prozesses entzogen wird. Nach § 987 hat der Besitzer alle nach Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben, „ohne Unterschied, ob sie auch vom Eigentümer gezogen wären".[1] Damit ist die Haftung eine größere, als die aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die natürlichen Früchte sind selbst dann zu erstatten, wenn sie nach § 955—7 Eigentum des Besitzers geworden waren. Ist der Besitzer zur Herausgabe außer Stande, d. h. nur im Falle verschuldeter Unmöglichkeit, so greifen die allgemeinen Vorschriften aus § 280 Platz. Außerdem hat der Redliche nach der Rechtshängigkeit noch solche Früchte zu ersetzen, die er schuldhafter Weise nicht gezogen hat, aber nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können. Im Gegensatz zum gemeinen Recht hat das BGB. für fructus percipiendi einen objektiven Maßstab, indem die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bestimmend sind. Die übrigen Nutzungen, die zivilen Früchte und die Gebrauchsvorteile sind in Geld zu restituieren.

Die prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruchs auf die Nutzungen ist im allgemeinen an die Erhebung der Klage auf Herausgabe der Sache gebunden, wobei ersterer Anspruch als Nebenforderung geltend gemacht wird, indessen ist aber die Verbindung beider Ansprüche nicht notwendig und steht einer selbständigen Geltendmachung des Anspruchs auf die Nutzungen nichts im Wege.[3] Im gemeinen Recht war die Selbständigkeit der

1) Planck, Komm. a. a. O. S. 236.
2) ZPO. § 253, 1 § 263, 1 u. § 281.
3) Planck a. a. O. S. 257.

Herausgabeansprüche auf die Nutzungen bestritten, heute nicht mehr [1] „Es wird nicht verlangt, daß jene Ansprüche mit der Klage auf Herausgabe der Sache verbunden werden.[2]

Inwieweit die Herausgabepflicht durch das Moment der Unredlichkeit beeinflußt wird, zeigt § 990. Nach Absatz 1 dieses Paragraphen haftet der Unredliche vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit von der Zeit des Erwerbs bezw. der späteren Kenntnis des fehlenden Rechts an wie ein redlicher entgeltlicher Besitzer nach der Rechtshängigkeit für alle gezogenen Nutzungen. Sind mehrere Unredliche auf einander gefolgt, so haftet jeder für die Nutzungen seiner Besitzzeit, doch ist keiner für seinen Vorgänger verantwortlich resp. haftbar.[3] Der erste Absatz des § 990 geht davon aus, daß der bösgläubige Besitzer für die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache im Interesse des Eigentümers aufzukommen hat und für eine verschuldete Beeinträchtigung der Nutzungen zu haften hat.[4] Für den Unredlichen bleiben auch die Bestimmungen über den Verzug bestehen, Abs. 2 des obigen Paragraphen, während sie im Gegensatz zu[5 6 7] E. I für den Redlichen nicht vorgeschrieben sind. Diese Haftung ist eine sehr ausgedehnte, da sie

---

1) Biermann, Sachenrecht S. 113, ebenso Enneccerus u. Lehmann BGB. II S. 209.

2) Dernburg BGB. III S. 355.

3) Biermann Komm. S. 195.

4) Mot. III S. 403.

5) Meisner Komm. S. 142.

6) Kronberger, D. Ansprüche d. Eigentümers S. 10.

7) Planck, a. a. O. S. 260.

die fructus percipiendi und den gesamten durch Verzug entstehenden Schaden umfaßt (§ 286 BGB.).[1] Alle Nutzungen, um deren Gewinnung der Eigentümer geschädigt ist, sind zu erstatten. Auch ist der Besitzer unter der Voraussetzung des § 287 verantwortlich für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe.

Nach § 290 hat der Schuldner die Ersatzschuld zu verzinsen, und ist es fraglich, ob er dann auch die Nutzungen prästieren muß. Im Entwurf I[2] und II[3] war hinzugefügt, daß der Gläubiger für die Zeit, für die er Zinsen fordere, nicht Ersatz für entzogene Nutzungen verlangen kann. Nach der jetzigen Fassung bilden aber die Zinsen nicht mehr einen Ersatz für die dem Gläubiger entzogenen Nutzungen, sondern für den Schaden, den der Gläubiger dadurch erlitt, daß ihm der zu ersetzende Betrag nicht sofort zu der Zeit bezahlt ist, welche der Bestimmung des Wertes des Gegenstandes zugrunde gelegt wird.[4] Trotzdem ist es selbstverständlich, daß Nutzungen von dem Zeitpunkt nicht mehr in Frage kommen können, welcher der Bestimmung des zu ersetzenden Wertes zugrunde gelegt ist. Der Wert der bis zu diesem Zeitpunkt dem Gläubiger entgangenen Nutzungen ist dagegen zu ersetzen.

Im Anschluß an die Erörterung vom Verzug des Schuldners, wollen wir kurz prüfen, ob der Verzug des Gläubigers nicht auch den Anspruch auf die Nutzungen beeinflußt.

---

1) Wir finden hier wieder die Vorschriften des Sachenrechts durch solche des Obligationenrechts ergänzt, vgl. daz. Baumgärtel, d. Verpflichtung d. Besitzers z. Herausgabe oder z. Ersatz von Früchten S. 41.

2) Entw. I § 252.

3) Entw. II § 246.

4 Planck, a. a. O. z. § 290; ebenso Cosack BGB. S. 346 und Matthiaß, BGB. I S. 363.

Es kommt darauf an, ob der Schuldner von vornherein zur Prästierung verpflichtet war oder nicht. Ist der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses nicht verpflichtet, die Nutzungen zu prästieren, so wird hieran durch den Verzug des Gläubigers nichts geändert. Der Schuldner behält die nach Eintritt des Verzugs von ihm gezogenen Nutzungen, obwohl nicht er, sondern der Gläubiger sie gezogen haben würde, wenn der Verzug[1] nicht eingetreten wäre. Dies gilt auch, wenn die Gefahr infolge Verzugs des Gläubigers auf diesen übergegangen ist. Ist aber der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet, so beschränkt sich diese Verpflichtung nach Eintritt des Gläubiger-Verzugs auf die vom Schuldner wirklich gezogenen Nutzungen. Auf die Nutzungen verwendete Kosten sind dann selbstverständlich abzuziehen § 304.

Die sämtlichen Bestimmungen des § 990 werden aber im folgenden § 991 und zwar Absatz 1 eingeschränkt, indem letzterer Paragraph solche Besitzer berücksichtigt, die ihr Besitzrecht von einem mittelbaren Besitzer, aber von einem anderen als dem Eigentümer herführen. Es wird hier die Haftung des Unredlichen davon abhängig gemacht, daß auch der mittelbare Besitzer unredlich ist. Wenn der mittelbare Besitzer aber redlich ist, so erhält der Unmittelbare, obwohl er unredlich ist, doch Eigentum an den natürlichen Früchten nach § 956,2. Man will[2] mit dieser Bestimmung dem redlichen Mittelbaren, wenn er die Früchte dem Eigentümer zu restituieren hätte, einen Schutz geben gegen

1) Planck, a. a. O. zu § 302.
2) Planck a. a. O. S. 261.

etwaige Ansprüche seitens des unmittelbaren Besitzers. Die Folge ist, daß andererseits auch der unredliche unmittelbare Besitzer bei Redlichkeit des Mittelbaren nicht zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet ist; ebenso begründet der Verzug keine Haftung für ersteren. Es hat der Unredliche also nur dann die Nutzungen zu prästieren, wenn auch der Mittelbare unredlich ist oder bei ihm der Herausgabeanspruch rechtshängig gemacht ist.[1] Ist nun die Unredlichkeit beiderseitig, sowohl auf Seiten des mittelbaren wie unmittelbaren Besitzers, so[2] „muß sowohl der Besitzer, als der Inhaber verpflichtet sein, mit der Sache so zu verfahren, wie solches dem ihnen bekannten fremden Eigentum entspricht. Es liegt weder eine ipso iure geteilte Schuld, noch ein Gesamtschuldverhältnis, noch auch eine gemeinschaftliche Schuld vor, sondern ein jeder wird verpflichtet, insoweit er die ihm in Ansehung der Sache obliegenden Verbindlichkeiten gegenüber dem Eigentümer verletzt hat;" der gleichen Meinung ist Planck.[3]

Im Anschluß an die Haftung des unredlichen wollen wir diejenige des Besitzers besprechen, der durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung in den Besitz gelangt ist.[4] Seine Haftung wegen der Nutzungen richtet sich nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung, § 992 bezw. 823 ff. Ein solcher Besitzer, der[5] „durch Erpressung u. dergl. in den Besitz des Grundstücks gekommen ist, muß auch solche

1) Mot. III S. 408.
2) Mot. III S. 406.
3) Planck a. a. O. S. 259.
4) Ein derartiger Besitzer braucht nicht gerade ein redlicher zu sein. vgl. Mot. III S. 410.
5) Cosack, BGB. S. 166.

Früchte erstatten, die zwar nicht er selbst oder ein anderer guter Wirt, wohl aber dank besonderer ihn begünstigender Umstände der Vindikant zu ziehen in der Lage war". Im Gegensatz dazu hat der Unredliche alle erworbenen oder erwerbbaren Nutzungen herauszugeben, ohne Rücksicht ob der Eigentümer sie hätte ziehen können.[1]

Die in den §§ 987—993 dargestellte Herausgabepflicht versteht unter Nutzung nur den konkreten Begriff; erst die folgenden §§ 993—8 beschränken mit ihren Ersatzansprüchen für Verwendungen die Herausgabepflicht der Nutzungen möglichst auf den Nettoertrag.[2]

Die Verwendungen[3] sind solche, die für die Sache selbst bestimmt sind und kommen daher für unsere Frage mit inbetracht, da der Gebrauch der Sache davon beeinflußt wird. Für die Fruchtgewinnungskosten bleibt im allgemeinen der § 102 maßgebend; eine Spezialbestimmung gibt § 998 für die Rückgewähr eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Notwendige[4] vor der Rechtshängigkeit gemachte Verwendungen kann der Redliche voll ersetzt verlangen § 994 Abs. 1; der

---

1) Mot. III S. 403.

2) Baumgärtel, a. a. O. S. 45: „Reineinkommen."

3) Das BGB. definiert den Begriff Verwendungen nicht, in den Motiven aber finden wir im BGB. III S. 411 folgende Definition: „Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zu Gute kommt."

4) Notwendige Verwendungen sind diejenigen, die eine ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringt, so Petraz. Lehre v. Eink. u. Dernburg BGB. III, 360, ferner Matthiaß BGB. II S. 90: „Möglicherweise gehört dahin auch das zum Erwerbe der Sache vom Beklagten aufgewendete Äquivalent", letzter. ähnlich l. 7 § 16 D. sol matr. 24.3: „si novam villam necessario extruxit"; ebenfalls Biermann, Komm. S. 198.

Unredliche wie der Prozeßbesitzer nur gemäß den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung § 941 Abs. 2.

Gleichzeitig enthält der Paragraph eine wichtige Billigkeitsvorschrift, indem der redliche Besitzer für diejenigen Verwendungen, die sich als gewöhnliche Erhaltungskosten darstellen, z. B.[1] „Ackerdüngung, gewöhnliche Gebäudereparaturen, Hypothekenzinsen, Grundsteuern für die Zeit, für die ihm die Nutzungen verbleiben", d. h. also vor der Rechtshängigkeit, keinen Ersatzanspruch hat. Es wird damit den oben auf S. 22 erwähnten Wirtschafts- und Billigkeitsrücksichten genügt,[2] so daß die unter Umständen schwierige Berechnung wegfällt, ob tatsächlich die gewöhnlichen Erhaltungskosten und der Reinertrag der dem Besitzer verbleibenden Nutzungen gleich hoch ist oder nicht.

Andererseits aber hat der Eigentümer dem redlichen Besitzer die übrigen, nicht zu den Erhaltungskosten gehörigen Verwendungen zu ersetzen, trotzdem Letzterem die Nutzungen verbleiben. Zu den notwendigen Verwendungen gehören auch die Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten. Diese sind dem Redlichen vor der Rechtshängigkeit aber nur insoweit zu ersetzen, als es sich handelt um außerordentliche Lasten, z. B.[3] „Straßenpflasterungs- und Kanalisationsbeiträge", die auf den Stammwert der Sache verwendet wurden. Im übrigen aber hat der Redliche wie auch der Nießbraucher alle ordentlichen und außerordentlichen Lasten

1) Enneccerus und Lehmann BGB. II 204.
2) Mot. III S. 414.
3) Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 204.

selbst zu tragen, die auf den Ertrag, auf den Nutzungswert, angelegt wurden, entsprechend den oben erwähnten Billigkeitsrücksichten. Der Unredliche wie der Prozeßbesitzer kann für die Aufwendungen zur Bestreitung der Lasten Ersatz verlangen gemäß den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Er kann daher nicht Ersatz verlangen für „Reparaturkosten bei einem Hause, das besser auf Abbruch verkauft wird, Kosten ärztlicher Behandlung nicht bei einem lahm gewordenen Tier, das nur noch als Schlachtvieh verwendbar ist".[1]

Betreffs des Ersatzes anderer als notwendiger Verwendungen hat der Redliche für vor der Rechtshängigkeit gemachte nicht notwendige Verwendungen einen Gegenanspruch insoweit als dadurch der Wert der Sache noch zur Zeit der Herausgabe erhöht ist, z. B.[2] „bei Obstbaumpflanzungen, Stockwerksaufsetzungen", § 996; der Unredliche und Prozeßbesitzer sind ohne einen Anspruch für derartige Verwendungen und nur auf das im § 997 bestimmte Abtrennungsrecht angewiesen. Einen Bereicherungsanspruch auf andere als notwendige Verwendungen ist dem Unredlichen deshalb nicht gewährt worden, weil der Eigentümer sonst der Willkür des unredlichen Besitzers ausgesetzt sein würde.[3]

Eine Besonderheit hinsichtlich der Fruchtgewinnungskosten enthält § 998, wonach der Eigentümer die Bestellunskosten, die der Besitzer auf die ihm zukommenden, aber noch nicht getrennten, jedoch ordnungsmäßig innerhalb des Wirtschaftsjahres zu trennenden Früchte, auf-

1) Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 209.
2) Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 205.
3) Meisner, Komm. S. 141, vgl. dazu Prot. III S. 352.

wendete, zu ersetzen hat und zwar soweit sie einer ordentlichen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht überstiegen. Ist das Grundstück aber erst nach der Trennung der Früchte zu restituieren, und ist der Besitzer zu dieser Zeit redlich, so stellen die Früchte den Ersatz der Bestellungskosten dar. Werden die Früchte von einem Unredlichen oder Prozeßbesitzer getrennt, so sind die Früchte allerdings zu restituieren, dafür aber verleiht § 102 einen Anspruch auf Ersatz der Gewinnungskosten.

Die Natur des Verwendungsanspruchs ist im Gegensatz zum Nutzungsanspruch eine dingliche, so ist der Eigentümer nur dann zur Ersatzleistung verpflichtet, wenn er die Sache wiedererlangt; § 1001,2 BGB. Der Verwendungsanspruch ist eine Art actio in rem scripta[1] und gleichzeitig eine Belastung des Grundstücks, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich.[2] [3]

Die in den § 987—998 gegebenen Bestimmungen stellen eine in sich geschlossene Regelung dar, sie geben eine selbständige Erörterung über die Herausgabepflicht des Besitzers hinsichtlich der gezogenen Nutzungen. Planck[4] begründet dies so: „Das Bedürfnis für eine besondere Regelung ergibt sich daraus, daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse teils zu einer dem geltenden Recht und der Rücksicht auf den Besitzer widerstreitenden Über-

1) Windscheid, Pand. § 45.

2) Staudinger, Komm. III S. 131.

3) Die Normen schließen sich in den Grundzügen dem gemeinen und preußischen Recht an, vgl. Windscheid Pand. I § 193, Dernburg Pand. I § 226, Pr. Allg. LR. I 7. 222 f.

4) Planck a. a. O. S. 254.

spannung des Eigentumsschutzes führen, teils zu einem wirksamen Schutze des Eigentümers nicht ausreichen würde". Nach unserer Meinung wäre es praktischer gewesen, wenn bereis im allgemeinen Teil des BGB. diese Regelung, allerdings dann auch etwas allgemeiner gefaßt, gegeben worden wäre, es hätten dann die übrigen Einzelbestimmungen bei den anderen Ansprüchen als Ausnahme behandelt werden können.

Nach Maßgabe der Vorschriften über den Eigentumsanspruch ist auch der Umfang der Herausgabepflicht der Nutzungen beim Erbschaftsanspruch geregelt, indessen nicht ohne mehrfache Abweichungen, die aus der besonderen Natur des Erbschaftsanspruchs herrühren. So hat selbst der Redliche, wie schon im gemeinen Recht, die gezogenen Nutzungen herauszugeben, auch wenn er nach den allgemeinen Bestimmungen bereits das Eigentum erworben hat. Nach § 955 Abs. 1 Satz 2 erwirbt der Redliche dinglich die Nutzungen, er ist aber gemäß § 2020 zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen obligatorisch verpflichtet.[1] Sogar wenn der Erbschaftsbesitzer eine einzelne Sache durch Ersitzung erworben hat, ist er nicht von der Herausgabepflicht befreit, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, § 2026. Die Motive[2] sagen darüber, es wäre unbillig, dem Redlichen derartige unter Umständen beträchtliche Nutzungen zu lassen; die Gründe, die für § 993 Satz 2 maßgebend waren, treffen hier nicht zu. Denn der Erbschaftsbesitzer muß mit Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger die Erbschaftssachen wie die Nutzungen als ein Ganzes zusammenhalten. Sollte sich

1) Motiv. V S. 585.
2) vgl. dazu Cosack, BGB. II 783.

nämlich sein Erbrecht nicht als begründet erweisen, so muß er dem wirklichen Erben, der für die Erbschaftsschulden haftet, auch die ganze Erbschaft mitsamt den Nutzungen restituieren können. Soweit aber der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe der Nutzungen außer Stande ist, greifen die Vorschriften, über die ungerechtfertigte Bereicherung Platz, § 2021. Der Redliche haftet daher nur insoweit, als er beim Eintritt in die Rechtshängigkeit noch bereichert ist,[1] er haftet also weiter nicht[2] für die Zeit vor der Rechtshängigkeit, der Unredliche dagegen mit Rücksicht auf § 2024 nur insoweit, als er bei Beginn des Besitzes resp. bei Eintritt der Kenntnis seiner Unredlichkeit bereichert war.

Es ist hier die Haftung auf ungerechtfertigte Bereicherung nicht mit dem dem Erbschaftsanspruch sonst eigentümlichen Surrogationsprinzip[3] „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" zu verwechseln. Denn unter letzteres fallen nur solche[4] Gegenstände, die der dinglichen Klage des Erben

---

1) Rüger, Aus d. Erbrecht des BGB., Der Erbschaftsanspruch (i. Sächs. Arch. f. BR. und P.) 1901. S. 508: „Dies entspricht der Billigkeit insofern, als der Erbschaftsbesitzer, der sich für den wirklichen Erben hält, durch keine Rücksicht auf das Interesse eines Anderen verhindert ist, mit dem Nachlasse ganz nach Belieben zu verfahren und von ihm soviel zu verbrauchen, als ihm gutdünkt."

2) vgl. dazu Matthiaß BGB. II S. 585.

3) Windmüller, D. Bedeut. u. Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit etc. S. 101: Dies Princip „beruht aber nicht so sehr auf der den Entscheidungen des gemeinen Rechts zu Grunde liegenden Erwägung, daß das Kommodum eines Ereignisses demjenigen gebühre, der die Gefahr desselben trägt, als auf der Auffassung der Surrogate als rechtliche Nachfolger, als Fortsetzung der ursprünglichen Sache, die demnach ohne Rücksicht auf die Verteilung der Gefahr in die rechtlichen Beziehungen eintritt, die hinsichtlich der ursprünglichen Sache bestanden".

4) Windmüller, a. a. O. S. 83.

unterliegen, das sind das aus der Erbschaft *Erlangte* und die *Surrogate* selbst, dagegen gehören nicht zu den Mitteln der Erbschaft Gegenstände, die den Erben nur gebühren; z. B. die vom Erbschaftsbesitzer gezogenen Nutzungen.[1] Kauft also der Erbschaftsbesitzer mit Mietzinsen des von ihm vermieteten Nachlaßgrundstücks Staatspapiere, so fallen diese nicht nach § 2019 dinglich an den Erben, sondern es bleibt bei dem obligatorischen Anspruch[2] des Erben nach § 2020, 2021.

Mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit haftet der redliche wie unredliche Erbschaftsbesitzer auf Herausgabe der Nutzungen, wie bei der Eigentumsklage, § 2023; er haftet nicht nur für die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen, sondern auch für solche, deren Ziehung er schuldhaft unterlassen hat. Ist der Erbschaftsbesitzer beim Beginn des Besitzes ein Unredlicher, so bestimmt sich seine Haftung so, wie wenn der Anspruch des Erben schon zu jener Zeit rechtshängig geworden wäre, § 2024, Satz 1. Es entspricht diese Haftung derjenigen des Unredlichen bei der Eigentumsklage im § 990. Erfährt der Erbschaftsbesitzer erst nach Ergreifung des Erbschaftbesitzes, daß er nicht Erbe ist, so haftet er in gleicher Weise nach § 2024, Satz 1 und zwar von Erlangung der Kenntnis an, § 2024 Satz 2. Eine weitergehende Haftung wegen Verzuges bleibt für

1) Denn der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen ist hier obligatorischer Natur, siehe Cosack, BGB. II S. 783; und vgl. dazu Fischer-Henle, Anm. z. § 2020.

2) Kohler, Krit. VS. Bd. 21 S. 508 verwirft überhaupt den Satz res succedit in locum pretii und sagt, es tritt unter gewissen Umständen an die Stelle des Rechts am erbschaftlichen Gelde der obligatorische Anspruch auf Übereignung der damit angeschafften Sachen"; ebenso Schröder, D. Kommodum b. d. Erschaftsklage S. 39.

den Unredlichen unberührt gemäß § 2024 Satz 3, analog § 990 Abs. 2, es sind daher alle Nutzungen zu erstatten, um deren Gewinnung der wirkliche Erbe geschädigt ist.

Sehr abweichend von den für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften über die Verwendungsansprüche, sind dieselben beim Erbschaftsanspruch in § 2022. Es kann der redliche Erbschaftsbesitzer wegen aller vor Eintritt der Rechtshängigkeit auf die Erbschaft gemachten Verwendungen Ersatz verlangen. Nicht ist erforderlich, daß die gemachten Verwendungen notwendig waren und der Wert der Erbschaft durch sie noch erhöht ist, wie beim Eigentumsanspruch, jede Verwendung, wie Verwaltungs- und Bestellungskosten, selbst unnütze[1] Verwendung muß ersetzt werden. Unserer Meinung nach dürfte letztere Behauptung Cosacks etwas zu weit gehen, denn dann könnte der Erbschaftsbesitzer auch für unverhältnismäßige von vornherein überflüssige und eher nachteilige Verwendungen Ersatz verlangen; (doch anders bei der ungerechtfertigten Bereicherung, unten auf S. 84); es wird vielmehr nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden sein. Ferner können Verwendungsansprüche geltend gemacht werden, selbst wenn die Verwendungen weder auf den Nachlaß als Ganzes, noch gerade auf die einzelne Sache angelegt worden waren, deren Herausgabe der Erbe verlangt, sondern auf andere Erbschaftssachen, zu deren Herausgabe der Besitzer außer Stande ist, oder die vom Erben nicht gefordert werden. Die Motive[2] sagen, daß derselbe Gesichtspunkt, welcher dafür bestimmend gewesen ist,

1) Cosack BGB. II S. 785.
2) Mot. V S 589.

dem Erbschaftsbesitzer die gezogenen Nutzungen nicht zu belassen, auch dazu geführt habe, dem Erbschaftsbesitzer ein Recht auf Erstattung aller Verwendungen zu geben. Der Erbschaftsbesitzer geht davon aus, die Erbschaft gehöre ihm in allen ihren Bestandteilen; er richtet darnach alle seine Maßnahmen ein.

Dagegen hat der Unredliche oder Prozeßbesitzer nur dann einen Gegenanspruch, wenn die Verwendnng notwendig und auf den Nachlaß als Ganzes oder auf die einzelne Erbschaftssache angelegt war, auf die der Herausgabeanspruch des Erben gerichtet ist, § 2023 Abs. 2 und § 2024.

Sollte der Erbschaftsbesitzer außer Stande sein, zu restituiren, und er deshalb auf die Bereicherung haften, so hat er noch den Vorteil, außer den Verwendungen auf den Nachlaß auch alle seine persönlichen Ausgaben in Abzug zu bringen, die er infolge seines Erbschaftsbesitzes machte, da durch diese Ausgaben seine Bereicherung gemindert wurde, § 2022 Abs. 1 Satz 1. Dem Erbschaftsbesitzer steht auch ein selbstständiger Bereicherungsanspruch gegen den Erben zu[1] nach den allgemeinen Vorschriften §§ 812—822.

Die Darstellung des Umfangs der Herausgabepflicht betreffs der gezogenen Nutzungen beim Erbschaftsanspruch zeigte uns eine analoge in sich geschlossene Regelung[2] wie beim Eigentumsanspruch.

---

1) Kuhlenbeck Bd. II S. 515.

2) Mit hinzufügen wollen wir hier die Bestimmungen aus § 2133 über die übermäßige Nutzung des Vorerben. (Die gewöhnlichen Nutzungen verbleiben dem Vorerben bis zum Eintritt der Nacherbfolge, Cosack II S. 764.) Früchte, die der Vorerbe wider die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zieht, oder im Übermaß, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig war,

Unter den persönlichen Restitutions-Ansprüchen wollen wir im folgenden trennen zwischen „Selbstnutzungsverhältnissen“[1] und Geschäftsführungen für andere, sodann die Kondiktion und den Einfluß vom Rücktritt besprechen. Wir wollen nicht unerwähnt lassen, daß sich gerade bei den sogenannten Selbstnutzungsverhältnissen die Nachteile des strengen Fruchtbegriffs des BGB. zeigen. Wäre der strenge Fruchtbegriff für die Pacht maßgebend, so dürfte der Pächter das Gut völlig verwüsten. Hiergegen mußte Abhülfe gewährt werden und zwar ist dies geschehen in § 581 BGB., der bestimmt, daß der Pächter durch den Pachtvertrag nur den Gebrauch des gepachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte erhält, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Andererseits wird beim Nießbrauch[2] in § 1039 BGB. bestimmt: „Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum

---

gebühren ihm dem Werte nach nur insoweit, als durch den ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden und nicht der Wert nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist. Ohne die besondere Vorschrift würden auch die außergewöhnlichen Nutzungen dem Vorerben verbleiben gemäß § 101, was unbillig wäre, und dem § 2124, 2 widerspräche. Ersatz der Verwaltungs- und Erhaltungskosten kann der Vorerbe auch nicht verlangen, dafür erhält er ja die Nutzungen (Matthiaß, BGB. II S. 476); wegen anderer Verwendungen, die nicht Erhaltungskosten sind, hat er einen Ersatzanspruch wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.

1) Ausdruck Petrazyckis. Lehre vom Eink. II S. 32, da hier das Kapital der Gegenpartei gerade zu dem Zweck der eigenen Nutzung übergeben sei. Crome BGB. II S. 530 spricht von „Gebrauchsüberlassungsgeschäften“.

2) Den wir übrigens deshalb hier mit behandeln, weil beim Nießbrauch auch die Vorschriften, die für den Pächter hinsichtlich der Rückgewähr bestimmt sind, ebenfalls gelten.

auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist. Der Nießbraucher ist unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden verpflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauches zu ersetzen". Die Rechte des Nießbrauchers gehen also viel weiter als die Rechte des Pächters.

Über die Herausgabe der Nutzungen bei den Selbstnutzungsverhältnissen finden wir nur für die Pacht bestimmte Regeln, so daß bei der Leihe und Miete nach Treu und Glauben zu entscheiden ist. So sehen wir mehrfach die Ansicht vertreten, daß auch bei der Leihe und Miete eine Prästationspflicht anzunehmen ist. Dies bestätigt für die Leihe Fischer-Henle[1] „zurückzugeben bei der Leihe sind auch Früchte" und für die Miete Cosack:[2] „Selbstverständlich muß der Mieter auch mitabliefern Früchte, die er etwa von der Mietsache gezogen hat". Wenn aber andererseits[3] gesagt wird, es sei wieder auf den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen commodum ex re und propter negotiationem passend Bezug zu nehmen, so daß im Zweifelsfall das commodum ex re[4] herauszugeben sei, während das commodum propter negotiationem behalten werden dürfe, so ist dem nach unserer

1) Fischer-Henle, S. 242 ebenso Endeman BGB. I S. 833. Matthiaß BGB. S. 574: mit der Sache sind nicht in den Gebrauch fallende Früchte abzugeben.

2) Cosack, BGB. I S. 770.

3) Stammler, Schuldverh. S. 133, ebenso Örtmann, Komm. Seite 278.

4) Romeick, Die abgeleitete Mietschuld, S. 28 nimmt dafür den Ausdruck lucrum sensisse ex ea re.

Meinung entgegen zu halten, daß das commodum propter negotiationem und damit die zivilen Früchte allerdings nur dann dem Schuldner verbleiben, wenn es sich um Miet- und Pachtgelder handelt, die aus einer Vermietung oder Verpachtung herrühren, die vor Begründung der Obligation schon bestand. Außerdem scheiden auch Cosack, Endemann und Matthiaß hier nicht die zivilen Früchte aus;[1] sie sprechen nur von Früchten im allgemeinen.

Was einen Gegenanspruch wegen Verwendungen betrifft, so sind sowohl dem Entleiher wie Mieter die für die Sache notwendig gewesenen mit Ausnahme der Erhaltungs- insbesondere Fütterungskosten eines Tieres zu ersetzen; sonstige Verwendungen gemäß der Geschäftsführung ohne Auftrag § 547, 601.

Wie für den Pächter und Nießbraucher besondere Bestimmungen über die Nutznießung erteilt sind, so auch über die Herausgabe der Nutzungen. Ist ein landwirtschaftliches Grundstück nach Ablauf der Pachtzeit zurückzugewähren, so hat der Pächter diejenigen Früchte herauszugeben, die noch nicht vom Boden getrennt sind, da er das Grundstück in dem Zustande herauszugeben hat, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt § 591.[2] Dazu kann der Pächter für diese herauszugebenden aber noch nicht getrennten Früchte keinen Ersatz fordern, obwohl der § 102 BGB. allgemein sagt, daß der Schuldner den Ersatz der Gewinnungs-

1) vgl. oben S. 78.

2) Endemann, BGB. I S. 773: Dieser volkswirtschaftliche objektive Maßstab entscheidet und nicht der konkrete zufällige Zustand bei dem Antritt der Pacht.

kosten verlangen kann.[1] „Der § 102 bezieht sich aber nur auf die Herausgabe von Früchten, während es sich hier um Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks samt Bestellung handelt. Würde der Pächter auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 102 zum Ersatz berechtigt sein, so war es überflüssig, ihm in § 592 ein solches Recht ausdrücklich zu gewähren. So beweist gerade der § 592, daß man im Fall der § 591, also bei Rückgewähr nach Ablauf des Pachtjahrs, dem Pächter keinen Ersatzanspruch geben wollte." Endigt die Pacht aber im Laufe des Pachtjahres, so hätte der Pächter die noch nicht getrennten Früchte dem Verpächter ebenfalls zurückzugewähren nach § 591, da sie nur einen Zustand des Grundstücks bilden. Hierdurch aber würde der Verpächter, sofern der Pächter Kosten auf diese Früchte verwendet hat und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahres zu einer Trennung berechtigt wäre, in ungerechtfertigter Weise bereichert werden; so verwiesen die Motive[2] hier auf die condictio sine causa. Das BGB. erkennt in § 592 einen besonderen Ersatzanspruch für diese Bestellungskosten an.

Der Pächter eines Landgutes hat nach § 593 BGB. von den bei Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden Entsprechen die zurückgelassenen Erzeugnisse nicht einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, so hat der Pächter für die fehlenden

1) Schuhmacher, Landwirtschaftl. Pachtrecht, S. 79.
2) Mot. II S. 440.

Erzeugnisse Ersatz zu geben. [1]„Die Verpflichtung zum Ersatz der fehlenden Erzeugnisse folgt aus § 591 BGB." Nach § 591 ist der Pächter verpflichtet, das Gut in demjenigen Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Wenn der Pächter hierbei aber eine größere Menge oder bessere Erzeugnisse zurückgelassen hat, als er beim Antritt der Pacht übernommen hat, so kann er Ersatz des Wertes verlangen. Den auf dem Gute gewonnenen Dünger hat er ohne Ersatzanspruch zurückzulassen.

Gerät der Pächter bei der Rückgewähr des Pachtgrundstückes in Verzug, so kann der Verpächter nach § 597 als Entschädigung verlangen, den vereinbarten Pachtzins und zwar nach dem Verhältnis, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während der Zeit der Vorenthaltung gezogen hat, oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen. Hierdurch wird Rücksicht darauf genommen, daß der Fruchtgenuß sich bei landwirtschaftlichen Grundstücken auf das Pachtjahr ungleichmäßig verteilt.

Von Verwendungen wird der Pächter im Gegensatz zum Mieter die Erhaltungskosten wie überhaupt die notwendigen Verwendungen ersetzt verlangen können. Doch kann er auch hier nicht solche Verwendungen, wozu er nach dem Gesetz (§ 582) verpflichtet ist, geltend machen. Der Ersatz nützlicher Vrrwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag. So kann der Pächter die Kosten, wie Tagelohn, Saatgut, Dünger ersetzt verlangen, sofern er

1) Schuhmacher, a. a. O. S. 85 ebenso Matthiaß BGB. I S. 569, Goldmann, Lilienthal BGB. I. S. 600; vgl. dazu Prot. II S. 266.

sie auf die noch nicht getrennten Früchte verwendet hat. Ein Ersatzanspruch ist aber nicht gegeben, wenn die Früchte erst nach Ablauf des Pachtjahres gezogen werden können. Aus diesem Grunde kann z. B. „der Pächter bei einem neuangepflanzten Walde keinen Ersatz bezüglich des Holzbestandes verlangen, der erst nach Ablauf des Pachtjahres vom Boden getrennt wird."[1]

Klarer und einfacher ordnet sich die Herausgabepflicht der Nutzungen bei der Geschäftsbesorgung, von welcher wir besonders den Auftrag und die Verwahrung herausgreifen. Nach § 667 ist der Beauftragte verpflichtet, an den Auftraggeber alles herauszugeben, was er zur Ausführung des Auftrags erhielt, aber ebenso auch alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Diese Vorschrift tritt auch ein bei auftragähnlichen Dienst- und Werkverträgen,[2] sowie für geschäftsführende Gesellschafter und der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Herausgabepflicht aber erstreckt sich nicht nur auf Zubehör und Zuwachs, sondern auch auf die Nutzungen.[3] Was durch Verschulden verloren ging oder ungerechtfertigt vom Beauftragten verbraucht wurde, muß er ersetzen, § 823. Verwendet der Beauftragte Geld für sich in eigenem Nutzen, so ist er verpflichtet, dafür Zinsen zu geben § 668.

Auch dem Wesen des Verwahrungsvertrages entspricht es, daß der Verwahrer alle Vorteile wie Früchte

1) Schuhmacher, a. a. O. S. 81.

2) Loewenfeld, Über den Dienst-, Werk- u. Auftragsvertrag (Gutachten aus d. Anwaltstande) S. 871, ebenso Dernburg BGB. II. S. 372.

3) Matthiaß BGB. I S. 608, Dernburg a. a. O. S. 372 und ebenso Loewenfeld a. a. O. S. 871 und 872. Örtmann, Komm. S. 401: „Dies war in den Entwürfen besonders hervorgehoben und ist nur, weil selbstverständlich, gestrichen".

und Nutzungen,[1] die infolge der Verwahrung hinzukommen, herauszugeben hat, z. B. wird der irgendwo untergestellten Milchkuh auch die Milch abzunehmen und zu vergüten sein. Daß auch die Nutzungen herausgegeben werden müssen, folgt aus dem Mangel eigenen Nutzungsrechts des Empfängers und war schon im gemeinen Recht anerkannt.[2] Auch hat der Verwahrer, wenn er hinterlegtes Geld für sich verwendet, Zinsen zu erstatten § 698.

Was die Gegenansprüche betreffs Verwendungen aus den §§ 670 und 693 betrifft, so sind nicht nur die objektiv notwendig gewesenen Aufwendungen zu ersetzen, sondern alle Aufwendungen, die der Schuldner oder Besitzer der Sache den Umständen nach subjektiv für erforderlich halten durfte. Derartige Verwendungen werden unserer Meinung nach aber nur dann als Nutzungskosten ersetzt werden können, wenn die Gebrauchsanmaßung gestattet war und kein furtum usus enthielt.

Bei der ungerechtfertigten Bereicherung finden wir bestimmter ausgesprochene Vorschriften über das Maß der Herausgabepflicht. Es hat der Bereicherte alle gezogenen Nutzungen herauszugeben, soweit sie bei ihm vorhanden sind, ist er aber hierzu außer Stande, so hat er den Wert zu ersetzen; § 818 BGB. Es sind außer den natürlichen Früchten auch die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt,[3] z. B. Miet- und Pachtgelder herauszugeben, ebenso was man durch

1) Crome BGB. II S. 746, Matthiaß BGB. I S. 615 und Örtmann a. a. O. S. 431.

2) Windscheid § 378.

3) Stieve, D. Gegenst d. Bereicherungsanspruchs S. 75.

Benutzung fremder Sachen an eigenen Gütern erspart.[1] Dernburg[2] dagegen ist der Ansicht, der Beklagte könne das, was er durch ein selbstständiges Rechtsgeschäft mit den Mitteln des ungerechtfertigt Erlangten erwarb, für sich behalten. Der gleichen Ansicht ist Matthiaß[3] und Windmüller;[4] anderer Ansicht ist Örtmann.[5] Das Gesetz selbst spricht nur von Nutzungen[6] im allgemeinen und macht keine Ausnahme für die zivilen Früchte. Auch sprechen die Motive[7] davon, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerbe aus dem Empfangenen gehört.

War der Empfänger unredlich beim Empfang der Leistung oder kommt er später zur Kenntnis des mangelnden Rechtsgrundes, so haftet er, als wenn der Herausgabeanspruch zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre, § 819. Mit der Rechtshängigkeit greifen die bereits beim Eigentumsanspruch erörterten Vorschriften Platz § 818. Er hat nun nicht nur für die gezogenen Nutzungen zu haften, sondern auch für die schuldhaft nicht gezogenen, die er aber bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen können.

Aufwendungen können selbstverständlich abgezogen werden, und zwar [8] „ohne Rücksicht darauf, ob dieselben erforderlich oder wirtschaftlich gerechtfertigt waren", da durch

---

1) Endemann, BGB. I S. 901.
2) Dernburg, BGB. II 2. S. 605.
3) Matthiaß, BGB. I S. 706.
4) Windmüller a. a. O. S. 104.
5) Örtmann Komm. S. 547.
6) Unserer Meinung nach soll mit dem zweiten Teil nur ein größerer Begriff „Kommodum" umfaßt werden, nicht aber ein Schluß a contrario bezüglich des Begriffs „Nutzung" damit gegeben sein.
7) Mot. II S. 839.
8) Dernburg BGB. II S. 606 ebenso Crome II S. 1009.

diese Ausgaben die Bereicherung gemindert wurde. Das BGB. erwähnt dies nicht besonders, doch entspricht es der Billigkeit und folgt daraus, „daß der Empfänger nur die Bereicherung auf Kosten des Geschädigten herauszugeben hat, nicht aber das, was er durch seine individuelle Tätigkeit erreicht hat.[1]

Die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung — causa finita — müßten eigentlich auch für den Rücktritt gelten. Indessen ist diese Auffassung nicht zu Grunde gelegt, sondern der Inhalt der Rücktrittsobligationen besonders bestimmt. Durch die Rücktrittserklärung wird eine Verpflichtung begründet auf Zurückversetzung in die Lage, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum, die alle Wirkungen des Vertrages nach rückwärts hin beseitigt. Aus dieser Verbindlichkeit folgt, daß beide Teile obligatorisch verpflichtet sind, die Nutzungen herauszugeben,[2] die seit der Zeit des Empfanges[3] von dem Gegenstande gezogen haben oder nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätten ziehen können. Das BGB. sagt, betreffs Herausgabe der Nutzungen und eines etwaigen Verwendungsanspruches,[4] es wird der Empfänger so behandelt, wie wenn vom Empfang der Leistung an Rechtshängigkeit

---

1) Mot. II S. 281 vgl. dazu Cosack a. a. O. I S. 367 Enneccerus u. Lehmann BGB. I S. 463.

2) Goldmann, Lilienthal BGB. I S. 402: „Ist das Rücktrittsrecht erst nachträglich vereinbart, so tritt die Zeit der Vereinbarung an Stelle der Zeit des Empfanges".

3) vgl. dazu Haas., Die condictio indebiti.

4) Endemann BGB. I S. 661: „für Verwendungen hat er nur einen beschränkten Ersatzanspruch nach § 994 II".

und zwar eines Eigentumsanspruches eingetreten wäre, § 347. Diese für das Rücktrittsrecht geltende Vorschrift findet in gleicher Weise Anwendung auf die Wandlung beim gewöhnlichen Kauf § 467 BGB., während bei der Wandlung beim Viehkauf die Nutzungen insoweit zu ersetzen, als sie gezogen sind, § 487 BGB. Letzteres ist eine Billigkeitsvorschrift,[1] denn ein fehlerhaftes Tier wird wegen seines Fehlers wenig Nutzen bringen können.

Unter Restitutionsansprüchen wollen wir noch Ansprüche aus einem Gemeinschaftsverhältniß und zwar aus einer Gemeinschaft nach Bruchteilen besprechen. Für diese trifft der Ausdruck Restitutionsanspruch aber nur dann zu, wenn sie nicht auf Teilung gerichtet sind, sondern nur auf Vorenthaltung des Anteils eines Genossen seitens der anderen. In diesem Fall hat jeder Teilhaber einen Anspruch auf den seinem Anteil entsprechenden Teil der Früchte (§ 743 BGB.) und auf die Gebrauchsvorteile insoweit, als nicht der Mitgebrauch der anderen beeinträchtigt wird. Trifft aber letztere Voraussetzung des Gebrauchsrechts nicht zu, so greift der das Gemeinschaftsverhältnis beherrschende Grundsatz[2] Platz: potior est conditio prohibentis. Eine Teilung ist hier ausgeschlossen, weil die Gebrauchsbefugnis ein ungeteiltes körperliches Objekt voraussetzt.[3] Gerade bei diesen Ansprüchen handelt es sich nicht um Herausgabe der Nutzung in Natur, sondern die Rein-

1) Mot. II S. 260 vgl. dazu Örtmann, Komm. S. 210.

2) Mot. II S. 877 vgl. dazu Örtmann Komm. S. 472: Das Prinzip von Treu und Glauben § 242 und das Chikaneverbot § 226 wird hier in Betracht kommen.

3) Hirsch, D. Teilbarkeit des Eigentums S. 63.

erträgnisse[1] unter Abzug der Erhaltungs- und Benutzungskosten sind herauszugeben, § 748 BGB., eine Pflicht, die aus der Gemeinschaft entspringt.

Was schließlich die Frage anbetrifft, in welcher Gestalt die Nutzungen herauszugeben sind, so muß man sagen, daß diejenigen Früchte, die aus der Sache selbst gezogen sind und sich noch im Vermögen des Empfängers befinden, in ihrer Individualität zurückzuerstatten sind; im übrigen tritt Gelderſatz ein.

4) Dernburg BGB. II S. 578.

Schluß.

Der Anspruch auf die erwerbbaren Vorteile.

Vorbemerkung.

Wir haben uns bereits oben hier und da auch mit den erwerbbaren[1] Vorteilen beschäftigt. Es waren dies meist die Fälle, wo der Schuldner durch ein besonderes Verhalten wie Verzug, Unredlichkeit oder infolge Rechtshängigkeit für derartige Vorteile, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können, zu haften hatte. Diese Fälle lassen wir in diesem Abschnitt außer Betracht, dafür befassen wir uns jetzt mit den Fällen, in denen die Obligationen schon an und für sich den Schuldner zu einer so weitgehenden Haftung verpflichten.

In erster Linie stehen die Obligationen, die auf eine Geschäftsführung gerichtet sind und in deren Wesen es schon begründet ist, daß der Schuldner für alle Vorteile, deren Erwerb nur möglich ist, aufzukommen hat. So finden wir im römischen Recht die Haftung für die erwerbbaren Vorteile bestimmt für den negotiorum

1) Crome BGB. I § 69 scheidet gewonnene und gewinnbare Nutzungen.

gestor[1] wie für den curator[2] und tutor.[3] Das BGB. erwähnt bei den Vorschriften über den Auftrag hinsichtlich der Herausgabe in § 667 allerdings nicht ausdrücklich, daß auch die erwerbbaren Vorteile zu prästieren sind. Es ist aber als selbstverständlich[4] anzunehmen, daß der Schuldner Ersatz zu leisten hat für schuldhaft nicht gezogene Vorteile. Außerdem läßt sich dies aus § 668, wo der Schuldner, wenn derselbe Geld für sich verwendet hat, von dem Gelde Zinsen zu zahlen hat, schlußfolgern, da § 668 sich als eine Konsequenz[5] des Satzes zeigt, daß auch die erwerbbaren Vorteile zu prästieren sind. Ausdrücklich bestimmt wird die Herausgabepflicht für erwerbbare Nutzungen für den Rücktritt in § 347, für die Wandlung in § 467 und für den Erbschaftskauf in § 2380 — dagegen abweichend vom römischen Recht nicht mehr beim gewöhnlichen Kauf. Es wird bei diesen Obligationen angenommen,[6] der Gläubiger habe die Sache seit Abschluß der Obligation schon in seinem Vermögen gehabt und der Schuldner habe dieselbe nur für den Gläubiger verwaltet.

Voraussetzung und Gegenstand des Herausgabeanspruches im gemeinen und bürgerlichen Recht.

Was nun die Voraussetzung,[7] den Grund, für die Herausgabepflicht von Vorteilen, die der Schuldner aus

1) l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3,5.

2) l. 3 C. arbitr. tut. 55.

3) l. 58 § 1 D. de ad min et peric 26,7.

4) Windscheid Pand. II § 749 Note 4 der vergleichenden Darstellung mit dem BGB.

5) Podewils a. a. O. S. 132.

6) Podewils a. a. O. S. 100.

7) Mommsen a. a. O. S. 62 f. über die Voraussetzung der Praestation des lucrum percip.

der geschuldeten Sache hätte ziehen können, anbetrifft, so hatte die gemeinrechtliche Lehre zwei Erklärungen. Einmal sagte man,[1] beruhe die Prästationspflicht auf der culpa des Schuldners, daß er die erwerbbaren Vorteile nicht gezogen habe. Sodann wies man darauf hin, daß, falls der Schuldner die Sache, namentlich Geld, in eigenem Gebrauch nehme, er Ersparungen am eigenen Vermögen erhalte, sog. fingiertes Einkommen.[2] Die erste Begründung haben wir auch heute im BGB., der § 987 sagt im Abs. 2: „zieht der Besitzer (bezw. Schuldner) . . . Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer (bezw. Gläubiger) zum Ersatz verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt." Was die andere Begründung mit dem sogen. fingierten Einkommen betrifft, so sagt Podewils:[3] „das Gesetzbuch hat offenbar an diesen Fall nicht gedacht". Nach unserer Meinung ist aber schon in dem Wort „Nutzungen" des Paragraphen die andere gemeinrechtliche Begründung enthalten, indem auch die durch den Gebrauch der Sache gewonnenen Vorteile zu ersetzen sind.

Es ist selbstverständlich, daß man es dem Schuldner nicht als Verschulden anrechnen darf, wenn er es unterläßt Vorteile zu ziehen, die er nur auf unredliche Art hätte ziehen können.[4]

Ebenso ist der Schuldner nicht verpflichtet jede Art von Vorteilen zu ziehen. Den Gegenstand des Heraus-

1) Mommsen a. a. O. S. 62 f.

2) Petrazycki, a. a. O. S. 67 f.

3) Podewils, a. a. O. S. 131.

4) l. 58 § 1 D. de a d. et peric. 26,7 quod bona fide percepisset; vergl. dazu Podewils a. a. O. S. 105 Anm. 1.

gabeanspruchs werden daher nie solche Vorteile bilden, die eine gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung der Sache herbeiführen. Nach § 987 hat der Schuldner nur diejenigen Nutzungen zu prästieren, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können. Dies ist eine „objektive Regelung“ [1] im Interesse beider Teile, die der römischen Sorgfalt eines bonus pater familias [2] entspricht. [3]

Das Maß der Herausgabe wird außerdem noch durch Verwendungsansprüche enger zu bestimmen sein. Man muß von dem herauszugebenden Wert der Vorteile, die er hätte ziehen können, auch die Verwendungen, die er im Fall des wirklichen Erwerbs gemacht haben würde, abziehen, widrigenfalls würde der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert werden. Im Gesetz finden wir allerdings dies nicht ausdrücklich hervorgehoben, indessen wird man die Vorschriften des Abs. 2 des § 944 in Anwendung bringen müssen. Daher wird man dem Schuldner jedenfalls die notwendigen Verwendungen zu ersetzen haben, gemäß der Geschäftsführung ohne Auftrag, d. h., wenn sie dem mutmaßlichen Interesse des Gläubigers entsprechen.

1) Motive III S. 408.

2) Dernburg Pand. I S. 538.

3) Einen subjektiven Maßstab nahmen an Vangerow Pand. I S. 658 und Windscheid Pand. I. S. 405.

Curriculum vitae.

Geboren wurde ich Emil Felix Kornbusch, evang. Konfession, im Jahre 1878 am 7. Dezember zu Barmen im Rheinland als Sohn des Fabrikanten Emil Kornbusch und seiner Ehefrau Auguste, geb. Kahrweg. Ich besuchte das Gymnasium in meiner Vaterstadt und bestand an dieser Anstalt Ostern 1898 das Abiturienten-Examen.

Sodann widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften vom SS. 1898 bis SS. 1902 an den Universitäten Leipzig, Berlin, Bonn. Nach Bestehen der ersten juristischen Prüfung beim Oberlandesgericht zu Köln wurde ich am 3. November 1903 als Referendar vereidet und dem Landgerichtsbezirk Elberfeld zum Vorbereitungsdienst überwiesen. Das examen rigorosum zu Rostock bestand ich am 12. Juni 1903.